



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **O crime de propagação de doença**

## **O seu significado à luz da pandemia de Covid-19**

Mariana Miguel Branco Silva

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **O crime de propagação de doença**

## **O seu significado à luz da pandemia de Covid-19**

Mariana Miguel Branco Silva

Orientador: Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

## **Dedicatória**

À minha mãe e avós

## Epígrafe

*Se não temos saúde bastante sejamos pelo menos doentes exemplares*

- António José Forte

## **Agradecimentos**

Agradeço particularmente à minha Orientadora, *Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria*, pela sua imensa amabilidade, disponibilidade e acompanhamento contínuo, pelos reparos e sugestões de melhoria, enquanto guia nesta aventura.

À minha mãe agradeço a presença nas minhas lutas de Estudante e as palavras de encorajamento para superar cada desafio.

Dirijo um carinhoso agradecimento aos meus avós pela força que, de perto e de longe, me transmitem. Pelo seu olhar inundado de orgulho.

## Resumo

A presente Dissertação propõe-se analisar o crime de propagação de doença, previsto no artigo 283.º, do Código Penal português, em particular, no contexto da pandemia de Covid-19. A abordagem da temática partirá da análise das características da norma, transitando para o estudo do enquadramento legal da saúde pública, em especial, no plano criminal, passando ainda pela análise de regimes como a vacinação obrigatória e o internamento compulsivo de portador de doença contagiosa.

O trabalho tem por objetivo conhecer a aplicabilidade prática do crime de propagação de doença num cenário de crise sanitária. Torna-se, pois, evidente a existência de uma lacuna jurídico-penal na tutela da saúde pública – que se reflete na eficácia pragmática do crime de propagação de doença, neste particular cenário pandémico.

É possível concluir que, na estrita medida em que a Covid-19 obriga a uma avaliação do sistema e – inevitavelmente, das suas falhas –, torna possível a sua melhoria e ajuste a situações idênticas no futuro.

**Palavras-chave:** propagação de doença; desobediência; crime; perigo; saúde pública; vacinação obrigatória; internamento compulsivo.

## ***Abstract***

This Thesis aims to analyse the crime of disease spreading, stated in article 283 of the Portuguese Penal Code, in the peculiar context of the Covid-19 pandemic. The theme will be approached starting with the analysis of the norm's particularities, moving on to the study of the legal framework of public health, especially in the criminal sphere, also looking over regimes such as the purpose of mandatory vaccination and compulsory hospitalization of those infected by a contagious disease.

The main goal of this work is to understand the practical applicability of the crime disease spreading, in a health crisis scenario. In fact, the criminal gap in the protection of public health becomes clear as this study evolves – which is reflected in the pragmatic effectiveness of the addressed norm, in this pandemic setting.

Finally, it'll lead to the conclusion that, in the fine sense that the Covid-19 pandemic requires an evaluation of the whole system – and, inevitably, its failures –, it enables the system's improvement and adjustment for similar future situations.

***Keywords:*** *crime; disease spreading; disobedience; danger; public health; mandatory vaccination; compulsory internment.*

## Índice

Advertência .....	10
Lista de siglas e abreviaturas.....	11
Prefácio.....	12
Introdução.....	13
O crime de propagação de doença.....	14
Elementos do tipo incriminador .....	14
Tentativa da prática do crime, em contexto Covid-19 .....	18
Critérios de agravação da moldura penal .....	19
Qualificação do tipo enquanto crime de perigo concreto.....	21
Evolução do tipo legal de crime .....	23
Bem jurídico tutelado pelo tipo legal .....	24
A dificuldade na qualificação jurídica da conduta de propagação de doença.....	25
<i>Probatio diabolica</i> em contexto pandémico .....	27
A propagação de Covid-19 como conduta criminalmente punível.....	28
Saúde Pública em tempos de pandemia .....	30
A tutela da saúde pública na ordem jurídica nacional.....	31
A proteção penal da saúde pública .....	32
A salvaguarda da saúde pública a que custo: direitos individuais e coletivos .....	36
A vacinação obrigatória: viabilidade do regime .....	38
O internamento compulsivo de portador de doença contagiosa.....	43
Ligação entre o crime de propagação de doença e o crime de desobediência .....	46
Conclusão .....	50
Referências bibliográficas .....	51

## **Advertência**

Por não se tratar de uma análise médico-científica, não se pretende estudar a doença da Covid-19 em si, mas antes as suas repercussões sistêmicas. Salva-se ainda a temporalidade dos dados científicos e numéricos apresentados no presente trabalho, cujas alterações se encontram fora do alcance de quem o redige.

## Lista de siglas e abreviaturas

Ac.: Acórdão

Art.(ss): artigo(s)

*Cf.*: conforme

CP: Código Penal

CRP: Constituição da República Portuguesa

DGS: Direção-Geral da Saúde

DL: Decreto-Lei

*E.g.*: *exempli gratia*

ERPI: Estrutura Residencial para Pessoas Idosas

I.e.: isto é

LBS: Lei de Bases da Saúde

LSM: Lei de Saúde Mental

OMS: Organização Mundial da Saúde/*World Health Organization (WHO)*

PNV: Programa Nacional de Vacinação

Proc.: processo

SINAVE: Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica

SNS: Serviço Nacional de Saúde

STJ: Supremo Tribunal de Justiça

TRE: Tribunal da Relação de Évora

TRL: Tribunal da Relação de Lisboa

TRP: Tribunal da Relação do Porto

## **Prefácio**

I – A escolha do presente tema justifica-se pelo carinho especial da redatora deste trabalho por matéria de Saúde, que, *por feliz acaso*, no atípico cenário pandémico, se entrelaça com o Direito Criminal.

II – Movida pelos óbices da Covid-19, a autora das páginas que se seguem explora questões colaterais, indagando e procurando respostas – que aqui *deseja* partilhar.

III – Esta doença desvendou o profundo abismo entre o conhecimento informado e a conspiração humana, duelando o *supremo* bem: a vida.

IV – Por outro lado, do mesmo modo que possibilitou o fortalecimento da indústria farmacêutica e do sistema de saúde nacional, espera-se que permita o reconhecimento da imperfeição do sistema penal português, adaptando-o, em matéria de saúde pública e propagação de doença.

V – A desventura anunciada pela pandemia de Covid-19 representa um marco mundialmente histórico que deverá ser lembrado por gerações vindouras.

## Introdução

No dia onze de março de dois mil e vinte, a Organização Mundial da Saúde declarou a pandemia de Covid-19<sup>1</sup>. Nessa data, contavam-se mais de 118 mil infetados em 114 países e 4.291 mortes<sup>2</sup> pela doença, que se enquadrava no conceito de pandemia, enquanto doença disseminada mundialmente. O *paciente zero* foi identificado na cidade de Wuhan, na China, em novembro de 2019 e, dois anos depois, dada a elevada contagiosidade da doença, contam-se mais de seis milhões de mortes em todo o mundo<sup>3</sup>.

*Entre nós*, a pandemia de Covid-19 tornou evidente a impreparação da sociedade e do *sistema*, fazendo emergir, no plano criminal, a ausência de tutela da saúde pública, traduzida, desde logo, na insuficiência de mecanismos de responsabilização de quem propaga doença contagiosa. Em causa está a proteção da saúde coletiva, a garantia das condições de segurança e a prestação de cuidados de saúde.

Pretendemos, com o presente trabalho, explorar as reações do Direito Penal nesta matéria, tendo por referência a Covid-19. Partiremos da análise das características do crime de propagação de doença (*cf.* artigo 283.º, do Código Penal<sup>4</sup>), remetendo para a temática da saúde pública, propondo soluções para o reforço da sua tutela jurídico-penal.

---

<sup>1</sup> A doença, causada pelo vírus SARS-CoV-2 (“Síndrome Respiratória Aguda Grave – Coronavírus 2”), é transmissível através de gotículas de saliva e espirros de indivíduo infetado, residindo dúvidas acerca da infeção através do contacto com superfícies onde repousam aquelas gotículas é reduzido, atento o *lifespan* do vírus.

<sup>2</sup> OMS – Organização Mundial da Saúde (11/mar/2020), *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*. <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>, consult em 15/fev/2022

<sup>3</sup> Os dados numéricos atualizados relativos à COVID-19 estão disponíveis em <https://ourworldindata.org/explorers/coronavirus-data-explorer>

<sup>4</sup> Em tudo quanto for omissivo, deve considerar-se o Código Penal, à versão atualizada.

## O crime de propagação de doença

Enquanto fonte de ameaça à saúde pública, a pandemia de Covid-19 exige respostas sistêmicas eficazes, sendo o seu impacto, na saúde de cada cidadão e no sistema de saúde, particularmente relevante quando comparado com *e.g.* o vírus da gripe. A doença não alcançou ainda o estatuto de *doença socialmente aceitável*, requerendo o decretamento de medidas de contenção, que, desde a fase inicial de pandemia, afetaram *garantias* dos cidadãos, privando-os da sua liberdade<sup>5</sup>.

No ordenamento jurídico português, a conduta de propagação de doença contagiosa encontra-se criminalmente tipificada, no artigo 283.º, do CP, e a Covid-19 *aparenta* ser o exemplo-modelo de doença contagiosa aí prevista, atento o seu modo de transmissão e velocidade da difusão comunitária. Pretendemos averiguar, nas páginas que se seguem, se essa aparência típica corresponde à concreta aplicabilidade do preceito incriminador à luz da pandemia que ainda assola o mundo.

### Elementos do tipo incriminador

Inauguramos, pois, o nosso estudo com a análise do artigo 283.º, que prevê, no n.º 1, os crimes de propagação de doença, de alteração de análise e de receituário. Contudo, dedicaremos o nosso estudo ao crime previsto na alínea *a)* e respetivas vicissitudes.

De acordo com o artigo 283.º, n.º 1, alínea *a)*, pratica o crime de propagação de doença *quem propagar doença contagiosa e criar, deste modo, perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem*, sendo punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

“*Propagar doença contagiosa é provocar uma epidemia, entendida esta como difusão de doença prejudicial à pessoa humana*”<sup>6</sup> (itálico do autor). Propagar significa aumentar numericamente, disseminando algo – uma doença, *in casu* – por via de contágio, na sociedade. No tipo, o verbo *propagar* remete para a transmissão através de contacto direto – não sendo necessária a transmissão simultânea da doença a mais do que uma pessoa, podendo tratar-se antes da sua transmissão a uma pessoa que inicia uma cadeia de transmissão comunitária –, e para os casos de “guerra biológica”<sup>7</sup>. Entende DAMIÃO DA CUNHA que a propagação “(...)

---

<sup>5</sup> CUNHA, 2021, p. 220.

<sup>6</sup> LEAL-HENRIQUES e SANTOS, 2009, p. 372.

<sup>7</sup> CUNHA, 1999, §9, p. 1009.

tem de pressupor a violação de um dever ou de um comando destinado a impedir o contágio (uma regra de saúde pública) (...) que fundamenta o juízo de causação ilícita do perigo, ou seja, a causação daquela doença.”<sup>8</sup>

A conduta de *propagar de doença contagiosa* prevista no tipo traduz-se numa ação ou omissão, prevendo-se, na alínea *a*), do n.º 1, e nos n.ºs 2 e 3, do artigo 283.º, um crime de execução livre, pelo que *fica ao critério* do agente o modo como transmite a doença e cria o perigo.

Trata-se de um crime comum, pelo que qualquer pessoa pode propagar doença contagiosa, mesmo que não seja portador<sup>9</sup>. É, por isso, irrelevante ao tipo a identidade do agente e da vítima, não lhes sendo exigida uma qualidade especial, conforme decorre das expressões generalizadoras *quem* e *outrem* contidas no n.º 1 da norma. O agente é titular de um “poder social real de transmitir uma doença”<sup>10</sup>, detendo o controlo sobre a esfera privada – a vida ou a integridade física – de outrem. E este *outrem* refere-se não apenas à pessoa concreta e diretamente afetada – a *vítima* –, mas também à coletividade de que é parte. Por isso, diz-se que

*Constitui apenas um representante da colectividade que potencialmente estava ameaçada por aquela conduta; assim sendo, este efeito sobre algum determinado objecto de acção tem de ocorrer, embora seja indiferente que se produza em um ou em diversos objectos de acção.*<sup>11</sup>

Destacamos o pensamento de DAMIÃO DA CUNHA ao afirmar, relativamente à ausência da especificação do agente do crime, que tal se deve (entre outros motivos) à “(...) determinação sobre quem tem o dever de cuidado, para efeito de prevenção de propagação de doença contagiosa (...)”. O autor entende que a relevância criminal do agente depende de medidas de saúde pública:

*O tipo legal (...) [dirige-se] a todos aqueles que, de acordo com as normas administrativas e decisões de autoridade, têm uma obrigação de tomar cuidados específicos, para que se previnam os danos que cabem no âmbito de proteção do artigo 283.º (...) Em suma: é necessária a preexistência de normas, de regras de conduta ou atos*

---

<sup>8</sup> CUNHA, 2021, p. 219.

<sup>9</sup> LAFAYETTE e PEREIRA, 2014), §5, p. 794.

<sup>10</sup> PALMA, 2021.

<sup>11</sup> Cf. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 15-02-2018, proc. n.º 302/16.4JAFUN.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

*autoritários concretos que permitam saber como controlar ou dominar o ser “fonte de perigo” para os outros (...).*<sup>12</sup>

Quando ao elemento subjetivo, a alínea *a)*, do n.º 1, do artigo 283.º, prevê um crime doloso; admite dolo em relação à conduta e ao resultado, concebendo o dolo direto, necessário ou eventual (*cf.* art. 14.º). O agente deve, portanto, representar (e querer) que a sua conduta – socialmente desvaliosa – é adequada à propagação de uma doença e que, desse modo, cria *um* perigo. Neste caso, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. Na prática, falamos *e.g.* de quem, sabendo estar infetado com Covid-19, recusa cumprir as medidas de contenção indicadas, participando em jantares com amigos, daqui vindo a resultar a necessidade de assistência hospitalar de um destes em virtude da infeção com a doença.

O n.º 2, prevê a combinação dolo-negligência, punindo o agente que representa e quer propagar uma doença contagiosa (agindo com dolo), mas não tem consciência de que da sua conduta advém um perigo (sendo negligente quanto à produção do resultado). A moldura penal prevista é de pena de prisão até 5 anos. Na prática, falamos do sujeito que, no âmbito da sua atividade profissional, manipula tecidos infetados, apresentando sintomas da doença, acabando por infetar toda a sua família com quem janta diariamente sem cautelas, conformando-se com a possibilidade desse resultado.

Por fim, o n.º 3 encerra um crime negligente: associa a propagação negligente à criação negligente do perigo, cominando pena de prisão até 3 anos ou pena de multa. Pensamos *e.g.* no agente que desconhece estar infetado e leva a sua vida com normalidade, partilhando mesa e cama com o seu cônjuge, acabando por lhe transmitir o vírus, daí resultando perigo para a vida. Esta hipótese distingue-se do exemplo anterior, na medida em que, neste caso, o agente não representa sequer a adequação da sua conduta ao resultado.

O verbo *querer no dolo* pressupõe um certo grau de controlo volitivo quanto à produção do resultado, estando a sua realização balizada por fatores que, em regra, são controláveis pelo ser humano. Todavia, todas as ações comportam uma percentagem de aleatoriedade e de falta de domínio, sendo inviável pretender o controlo empírico total do *curso das coisas*, especialmente, quando se recorre a meios naturalísticos com o propósito de gerar perigo – como sucede na propagação de uma doença contagiosa.

---

<sup>12</sup> CUNHA, 2021, pp. 211 – 212.

Ademais, devem ser considerados eventuais desvios emocionais entre o padrão do homem médio e o agente concreto, que podem impedir o facto típico de ter relevância penal. Ou seja, a *lei* projeta-se no destinatário real, a quem se dirige, que pode não coincidir com aquele figurino idealizado. Neste sentido, a análise do elemento subjetivo do tipo do artigo 283.º (em particular, do n.º 3) deve partir do *homem médio edição especial Covid-19*, que é inevitavelmente diferente do homem médio *dos tempos de normalidade*. Com efeito, se não se transformou num consumidor compulsivo de notícias sobre a temática, *borderline* hipocondríaco, não estará, certamente, alheio às noções básicas acerca da Covid-19. Estará, pois, informado acerca da sintomatologia, vias de transmissão da doença, composição dos grupos de risco e das medidas de proteção a adotar – mas não lhe será já exigível que conheça os números diários de infetados, óbitos, internados, em unidades de cuidados intensivos e fora destas, a composição química dos diferentes tipos de álcool-gel e das vacinas no mercado.

De facto, invocando o homem médio *dos tempos de pandemia*, é inconcebível que o *agente* não tenha ouvido falar sobre a Covid-19, não só porque, há mais de dois anos, a doença é notícia de abertura de telejornais, mas, especialmente, porque afeta o quotidiano de todo o ser humano. Parece correto afirmar que *qualquer pessoa* tem consciência de que a sua conduta perante a doença poderá ter repercussões negativas na saúde de terceiros. E, em concreto, numa ótica de probabilidades, perante uma população envelhecida como a portuguesa, é previsível, em abstrato, esse efeito. Em suma, no momento atual, não parece compreensível que um indivíduo desconheça se a sua conduta é passível de propagar a Covid-19 e muito menos que essa propagação constitui crime.

Não obstante, são aplicáveis as causas de exclusão da ilicitude legalmente previstas, à exceção do consentimento (*cf.* art. 38.º). Com efeito, o consentimento da *vítima* na propagação de doença contagiosa é irrelevante, uma vez que os bens jurídicos tutelados não têm natureza estritamente individual. Já, em relação às causas que excluem a culpa, “(...) nada obsta a que se apliquem as regras gerais (...)”<sup>13</sup>.

A responsabilidade criminal das *pessoas coletivas e entidades equiparadas* pela prática do crime de propagação de doença vem prevista no n.º 2, do artigo 11.º<sup>14</sup>: pensamos *e.g.* na

---

<sup>13</sup> CUNHA, 1999, §33, p. 1014.

<sup>14</sup> A norma exclui a responsabilidade criminal do Estado e das pessoas coletivas públicas, e perguntamos se será suficiente a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (que regula a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Coletivas de Direito Público), para punir *e.g.* o hospital do SNS que não garante local para isolamento de um utente infetado com SARS-CoV-2, *deixando-o* num corredor onde outros utentes (não infetados) aguardam

ERPI que não providencia pela proteção dos seus utentes<sup>15</sup>. Contudo, não pretendemos alongar-nos sobre esta matéria.

## Tentativa da prática do crime, em contexto Covid-19

Analisemos agora a tentativa do crime de propagação de doença e respetiva punição. O n.º 1, do artigo 23.º, prevê que existe *tentativa quando o agente praticar actos de execução*<sup>16</sup> *de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumar-se*.

Nada obsta à punição da forma tentada do crime de propagação de doença, pois que a prática (consumada) do crime é punida com pena de prisão superior a 3 anos<sup>17</sup>, *cf.* artigo 283.º, n.º 1 *ex vi* artigo 23.º, n.º 1, salvo duas exceções à punibilidade da tentativa: *se for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação do crime, cf.* artigo 23.º, n.º 3; ou quando o agente atua com negligência, posto que seria conceitualmente contraditório admitir que *quem* não se conforma nem sequer representa a (possibilidade de) verificação do resultado fosse punido por tentar produzi-lo. Logo, não são puníveis a título de tentativa as hipóteses previstas nos n.ºs 2 e 3, do artigo 283.º – podendo, contudo, admitir-se a atenuação especial ou dispensa da pena se *o agente remover voluntariamente o perigo antes de se ter verificado dano substancial ou considerável (...), cf.* artigo 268.º.

Assim, a tentativa é punível apenas quando os meios empregados são aptos e adequados à consumação do crime e a conduta é dolosa. Logo, se não se produz (nem se prova) o resultado típico, mas apenas as ações adequadas à sua produção, estaremos no campo da tentativa.

Importante nesta matéria é determinar o momento fáctico da prática do crime, que se dá quando é criado o *perigo* em consequência da propagação da doença. Admite-se, portanto, que a forma tentada do crime se verifica quando a doença é transmitida a outrem, mas dela não

---

por consulta, resultando na transmissão do vírus a estes. Sobre o assunto, *vide* SALGUEIRO, Ana Cláudia Carvalho (2014) – *A Exclusão da Responsabilidade Criminal das Entidades Públicas - (in)constitucionalidade do artigo 11.º, n.ºs 2 e 3, do Código Penal: 2013-2014*, Dissertação de Mestrado em Direito. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, e PEREIRA, Delfina Inácio (2020) – *Responsabilidade Criminal das Pessoas Coletivas Públicas – Âmbito e limites: 2019-2020*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

<sup>15</sup> É incontornável o polémico caso do surto de Covid-19, no Lar de Reguengos de Monsaraz, em junho de 2020.

<sup>16</sup> São *actos de execução*: a) os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou c) os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores, *cf.* n.º 2, do art. 22.º.

<sup>17</sup> A pena aplicável é especialmente atenuada, *cf.* art.ºs 72.º e 73.º *ex vi* art. 23.º, n.º 2.

resulta o *perigo* do tipo, e quando o agente emprega os meios adequados para infetar outrem e criar esse perigo, mas não chega sequer a transmitir a doença. Em concreto, pensamos no indivíduo infetado com Covid-19 que cospe na cara de outra pessoa, querendo e conseguindo transmitir a doença, sem criar perigo para a sua vida ou perigo grave para a integridade física; ou em quem, agindo com dolo eventual, sabendo-se infetado, contacta de perto com terceiros, sem observar as medidas de segurança, não resultando *por acaso* a transmissão da doença.

Como frisa OLIVEIRA E SILVA<sup>18</sup>, não merecerá enquadramento no tipo a conduta adequada à transmissão da doença num contexto onde não existe um fundado caso de suspeita<sup>19</sup> – podendo estar em causa, quando muito, uma atuação negligente que, como vimos, não é punível a título de tentativa. No mesmo sentido, SOARES DA ALBERGARIA entende que “(...) não se apurando (...) o contágio, mas tão só acções adequadas ao mesmo (...) nada obsta ao entendimento, pressuposto o dolo, de que ocorreu tentativa do crime em causa.”<sup>20</sup>

Na jurisprudência nacional, existem decisões que julgam verificada a forma tentada do crime em análise: nomeadamente, os Ac. do Tribunal da Relação de Évora, de 10-10-2017, proc. n.º 27/15. 8 PFSTB.E1, e de 10-03-2020, proc. n.º 4771/17.7T9FAR.E1, e os Ac. do STJ, de 09-02-2000, proc. n.º 99P1192, e de 16-05-2019, proc. n.º 765/15.5T9LAG.E1.S1, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## **Crítérios de agravação da moldura penal**

Voltemos agora a nossa atenção para a matéria da agravação pelo resultado, prevista, *in casu*, no artigo 285.º. Se, do crime de propagação de doença contagiosa – doloso ou negligente – resultar a morte ou ofensa à integridade física grave de outrem, o agente é punido com a pena que ao caso caberia agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

O crime de propagação de doença passa de um crime de perigo para um crime de dano – *transformação* que se deve à finalidade da norma agravante punir a realização do perigo que é, na norma-base, tido como o *simples perigo de se verificar o perigo*.

---

<sup>18</sup> SILVA, 2021, p. 206.

<sup>19</sup> Especialmente, se atendermos aos casos assintomáticos de doença que aumentam a probabilidade de haver, num grupo de pessoas, alguém infetado que aparenta estar de boa saúde.

<sup>20</sup> ALBERGARIA, 2020, p. 2.

Acompanhando DAMIÃO DA CUNHA<sup>21</sup>, entendemos que existe uma relação de concurso efetivo de crimes entre o crime *doloso* de propagação de doença (*cf.* art. 283.º, n.º 1, alínea *a*)) e o crime de dano doloso verificado *em resultado* daquele. Ou seja, se da propagação da doença contagiosa resultar morte ou ofensa à integridade física grave (de tantas pessoas quantas as afetadas pela doença), preencher-se-ão, conforme o caso, os crimes de homicídio ou de ofensa à integridade física grave e de propagação de doença.

O preenchimento do artigo 285.º verifica-se independentemente da identidade, quer do agente criminoso, quer da *vítima*. Contudo, ante o atípico contexto pandémico, surge a ponderação de novas facetas que justifiquem uma punição agravada não pelo resultado, mas em razão das qualidades e motivações do agente criminoso ou das características e vulnerabilidade da vítima. Partimos da *atenção* do Direito Penal ao desvalor da conduta, punindo o agente que atua em violação de bens tutelados pela ordem jurídico-penal.

Tenha-se por exemplo o indivíduo infetado com Covid-19 que recusa se vacinar por questões ideológicas e transmite a doença a outrem, criando perigo para a sua vida. Deverá ser punido de forma mais severa do que o indivíduo que se vacinou e ainda assim transmitiu a doença? Em boa verdade, perante uma situação pandémica – que se agudiza à medida que são iniciadas cadeias de transmissão –, poderia admitir-se a punição agravada do agente que opta por não contribuir para a solução do problema. Provando-se a eficácia da vacinação relativa à transmissão da doença, seria pensável a agravação da pena com base na qualidade de *não vacinado(a) por opção*, na medida em que a omissão constitui uma afronta à saúde pública?

E se falarmos do infetado que se encontra em vantagem por comparação com a vítima, ora porque ocupa uma posição de superioridade *e.g.* por ser seu cuidador informal, ora porque detém conhecimentos especiais porque é seu médico? Parece haver uma especial censurabilidade da conduta observada por este agente que está abrangido por um dever especial de garante (*cf.* art. 10.<sup>o22</sup>), cabendo-lhe um *cuidado redobrado* em relação à vítima. A mesma questão aplica-se em relação ao agente que transmite a doença a uma pessoa que pertence a grupo de risco<sup>23</sup> e que, conhecendo a sua condição de saúde, omite as medidas extraordinárias

---

<sup>21</sup> CUNHA, 1999, p. 1015.

<sup>22</sup> Em casos como o descrito, é patente a perversidade da conduta do agente. Acerca desta questão muitas considerações podem ser tecidas, nomeadamente, acerca de um eventual dever especial de garante (*cf.* art. 10.º) que poderia operar *e.g.* no caso do filho infetado que convive com o pai de 90 anos, sem cuidados - neste caso, perguntamos ainda se se preenche o crime de violência doméstica (*cf.* art. 152.º).

<sup>23</sup> Conjunto de pessoas que, apresentando comorbidades (associação entre a Covid-19 e uma ou mais patologias pré-existent), tem maior predisposição para contrair a doença e/ou desenvolver manifestações mais graves desta.

de proteção indicadas. Face à atenção do Direito Penal ao desvalor da conduta, há que considerar a conduta socialmente desvaliosa, que atenta contra bens jurídico-penais, e merece, por isso, uma resposta criminal. Logo, o que interessa ao tipo é que o resultado advenha da conduta, independentemente de fatores externos – se a vida ou a integridade física foram colocadas em perigo pela doença propagada, é o agente que se responsabiliza.

Concluimos, pois, que os cenários *supra* descritos extravasam o escopo material do artigo 285.º, partindo de elementos que, vimos, são irrelevantes ao tipo(-base). Por isso, é irrealista pretender fazer relevar as qualidades do agente ou da vítima do crime de propagação de doença com o propósito de fundamentar a agravação da moldura penal. Porém, cremos que seria pensável, sob o ponto de vista *de jure constituendo*, a agravação da punição do crime de propagação de doença em função da qualidade particular do agente ou da especial vulnerabilidade da vítima, num cenário pandémico.

## **Qualificação do tipo enquanto crime de perigo concreto**

Surgindo no capítulo *dos crimes de perigo comum*, do Código Penal (art.ss 272.º a 286.º), o crime de propagação de doença, a par *e.g.* dos crimes de incêndio ou de danos contra a natureza, prevê um atentado contra bens jurídicos coletivos; bastando-se o tipo com a verificação de um perigo simultaneamente comum e concreto. Defina-se, então, conceitos.

Os crimes de perigo – por oposição aos crimes de dano – descrevem condutas que criam um perigo para o bem jurídico tutelado pelo tipo, caracterizando-se pela ausência da sua lesão efetiva. Tratando-se de crimes de perigo comum, as condutas tipificadas aportam consequências vastas e dispersas que, por afetarem um número indeterminável de indivíduos<sup>24</sup> ou de objetos, dificultam o controlo sobre essas consequências e sobre a conduta em si. No caso dos crimes de perigo concreto, o tipo preenche-se se e quando o perigo descrito se verificar no específico caso; “(...) na construção do tipo, o perigo vale o mesmo que o dano, porque é o perigo que constitui a forma de violação do bem jurídico; o perigo é elemento do tipo legal (...)”<sup>25</sup>. Assim, com FARIA COSTA,

*Se uma ação – desse modo tipificada na lei – cria um perigo concreto, por exemplo, para a vida de dezenas, centenas ou mesmo milhares de pessoas está-se,*

---

<sup>24</sup> Relembrem-se as considerações tecidas acerca da irrelevância da identidade da vítima direta do crime de propagação de doença.

<sup>25</sup> *Cf.* Ac. do STJ de 12-09-2007, proc. n.º 07P2270. No mesmo sentido, *vide* Ac. do STJ de 15-02-2018, proc. n.º 302/16.4JAFUN.S1, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

*indesmentivelmente, perante um crime que é, simultaneamente, um crime de perigo comum e de perigo concreto.*<sup>26</sup>

Ora, concretizando, o artigo 283.º encerra um crime de perigo concreto, posto que não exige a verificação de uma lesão (como a morte ou a afetação de um tecido corporal), bastando-se com a *criação de um perigo* para a vida ou para a integridade física de uma pessoa concreta. Exige-se o contágio de, pelo menos, uma pessoa por forma a disseminar a doença pela comunidade, pois que, se tal não for possível, o perigo será concreto, mas já não comum. Propagando a doença, o agente cria perigo *comunitário* para a vida ou para a integridade física. Com DAMIÃO DA CUNHA, “(...) se da avaliação *ex ante* resulta que pode ser posta em perigo uma multiplicidade de pessoas, representativas da comunidade, verificar-se-á um perigo comum mesmo que só uma delas tenha sido, de facto, posta em perigo”<sup>27</sup>. Derivado da índole contagiosa dessa doença, *o perigo* estende-se a um número incerto de pessoas, num dado contexto histórico e social, pelo que a incriminação da propagação da doença depende da sua especial perigosidade (aferida pela taxa de letalidade, vias de contágio, sintomatologia, etc.), que é, em si, *elemento do perigo do tipo*.

O perigo do tipo trata-se de *um perigo* da concretização *do* perigo, ou seja, um perigo de que venha a verificar-se, com alguma probabilidade – aferida mediante um juízo de prognose baseado em regras da experiência e/ou evidência científica –, um perigo para a vida ou para a integridade física de outrem. Assim, o perigo é elemento do tipo.

Relativamente à integridade física, exige-se que o perigo criado seja *grave* e, portanto, “(...) há-de reportar-se, em nome de claro escopo de não se ampliar intoleravelmente a esfera de acção do *tipo*, a uma *lesão grave* (cfr. artigo 144.º).”<sup>28</sup> DAMIÃO DA CUNHA entende existir “(...) um perigo grave num duplo sentido: no sentido da alta probabilidade da ofensa à integridade física e no sentido da alta probabilidade de uma ofensa grave.”<sup>29</sup>

Em suma, o tipo preenche-se exclusivamente quando está em causa doença contagiosa considerada perigosa e, conseqüentemente, suscetível de criar *o perigo* ora exigido.

---

<sup>26</sup> COSTA, 1999, §4, p. 867.

<sup>27</sup> CUNHA, 1999, §9, p. 1009.

<sup>28</sup> LAFAYETTE e PEREIRA, 2014, §3, p. 794.

<sup>29</sup> CUNHA, 1999, §12, p. 1010.

## Evolução do tipo legal de crime

A incriminação da conduta surgiu, sob a epígrafe *propagação de doença contagiosa*, no artigo 270.º (previsto na secção *dos crimes contra a saúde*, do capítulo *dos crimes de perigo comum*, do título *dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade*), do Código Penal de 1982, aprovado pelo DL n.º 400/82, de 2 de setembro. A versão inicial da incriminação era concebida como um crime contra a saúde coletiva, prevendo a colocação em perigo de um número indeterminado de pessoas. Nesta versão do Código, a saúde apresentava-se “(...) efetivamente como um bem jurídico supraindividual, dotado de uma referência axiológica prévia e «desempenhando uma função instrumental relativamente à protecção dos bens jurídicos individuais que constituem objecto do perigo comum»”<sup>30</sup>. A propagação de uma doença contagiosa era então percecionada como um verdadeiro atentado à saúde de uma coletividade – um número indeterminado de pessoas. Com efeito, e na linha do que defende AIRES DE SOUSA<sup>31</sup>, a organização sistemática do CP de 1982 sugere a intenção do legislador de reunir as incriminações relativas a interesses da comunidade – como a saúde (pública) – e, assim, afirmar um bem jurídico de natureza coletiva e difusa.

Com a Reforma do CP de 1995, a secção *dos crimes contra a saúde* foi eliminada, extinguindo-se qualquer menção expressa ao conceito de saúde pública. Consequentemente, também o crime de propagação de doença foi perturbado, passando a ser previsto, juntamente com as condutas de alteração de análise ou de receituário, anteriormente consagradas, respetivamente, nos art.ºs 274.º e 275.º, da versão de 1982 do CP. Assim, o atual artigo 283.º confere um tratamento uniforme a essas incriminações “(...) em nome de importante dado comum, a valer como *elemento permanente: a criação de perigo para a vida ou de perigo grave para a integridade física de outrem (perigo concreto)*”<sup>32</sup> (itálico do autor).

A redação-base da norma manteve-se idêntica (*quem propagar doença contagiosa*), porém, individualizou-se o perigo, assistindo-se à substituição da saúde coletiva – *de um número indeterminado de pessoas* – pela vida e integridade física individuais – *de outrem*. No entender de IGREJA MATOS, a Reforma de 1995 representou “(...) uma rutura a nível da política criminal de saúde pública (...)”<sup>33</sup>. Tornou-se, então, evidente o protagonismo de bens

---

<sup>30</sup> SOUSA, 2021, p. 141.

<sup>31</sup> *Idem, ibidem*, p. 141.

<sup>32</sup> LAFAYETTE e PEREIRA, 2014, §2, p. 794.

<sup>33</sup> MATOS, 2020, p. 149.

individuais, como a vida e a integridade física. AIRES DE SOUSA entende inclusive que, com esta mudança legislativa, a saúde pública “(...) deixa de ter relevância sistemática, material e de orientar criticamente a tipificação da qualquer incriminação”<sup>34</sup>.

## **Bem jurídico tutelado pelo tipo legal**

Qual é afinal o bem jurídico tutelado pelo crime de propagação de doença? O estatuto de bem jurídico-penal confere ao concreto *elemento* relevância sistemática e material bastantes para orientar a tipificação criminal, tornando-o num critério de referência aquando da ponderação de incriminação na feitura normativa. Os bens jurídicos são, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção da integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”<sup>35</sup>.

Em particular, no crime de propagação de doença, não é claro se esta incriminação visa tutelar bens jurídicos individuais – a vida e a integridade física – ou antes um bem jurídico supraindividual, difuso – a saúde coletiva. Partimos de uma premissa algo contraditória, pois que, expressamente, a norma faz menção da vida e da integridade física, porém, estamos em crer que a intenção do legislador não foi a de destinar a função tutelar da norma exclusivamente àqueles bens jurídicos. Com efeito, existem incriminações sedimentadas na ordem jurídico-penal que tutelam a vida e a integridade física: os *crimes contra a vida* e os *crimes contra a integridade física*. Admitir, então, que o tipo em crise tutela *única e novamente* estes bens jurídicos esvaziá-lo-ia de sentido, transformando-o numa repetição normativa.

Também a sistematização legal do tipo faz estranhar a sua configuração normativa, pois que, tratando-se de crime de perigo comum (concreto), o seu âmbito de proteção deverá ser amplificado comunitariamente. E bem assim a contagiosidade própria da doença que se *quer* transmitida obriga a considerar a sua disseminação e, portanto, o impacto que tem *na* comunidade e *no* sistema de saúde que a serve. Entendemos que a norma protege a saúde pública através da tutela antecipada da integridade física e da vida. Inclusive, considerando, como veremos adiante, que a saúde pública se traduz no conjunto das saúdes individuais, jamais

---

<sup>34</sup> SOUSA, 2021, p. 142.

<sup>35</sup> DIAS, 2004, pp. 109 – 110.

deverá ser tida como excludente da (proteção da) vida e da integridade física, mas antes como a sua concretização.

AIRES DE SOUSA admite que “(...) o âmbito de proteção da norma delimita-se a partir dos bens jurídicos individuais, ainda que, na sua finalidade, se possa também vislumbrar, através da proteção das saúdes individuais, de forma indireta, uma tutela da saúde pública.”<sup>36</sup>

*É certo que os bens jurídicos efectivamente colocados em perigo (...) são, na sua essência, bens jurídicos individuais, mas essa individualidade não deve ser vista como unidade singular, expressão de uma identidade ímpar, à semelhança do que acontece nos crimes contra as pessoas, mas como indivíduo integrado num (...).*<sup>37</sup>

Nestes termos, da análise global da norma, conclui-se pela intenção legislativa de proteger a saúde pública de forma mediata, através da proteção direta da vida e da integridade física.

## **A dificuldade na qualificação jurídica da conduta de propagação de doença**

A ordem jurídico-penal incrimina as ofensas à saúde através de normas distintas quanto à conduta, ao resultado e ao bem tutelado. É palpável a dificuldade na qualificação criminal da conduta de propagar doença contagiosa, associando-se, essencialmente, a duas incriminações: o crime de propagação de doença contagiosa e o crime de ofensa à integridade física<sup>38</sup>. Tentaremos, pois, determinar o tipo que melhor enquadra a propagação da Covid-19.

Na prática, qualquer enfermidade afeta a saúde individual, visto que – ainda que não haja manifestação de sintomas (os “casos assintomáticos”) –, se desencadeia sempre uma resposta imunitária variável em intensidade. Nessa medida, a saúde é lesada e, portanto, no mínimo, existe sempre uma ofensa à integridade física simples (*cf.* art. 143.º). Como é bom de ver, o vírus que provoca a Covid-19 é detetável nos doentes assintomáticos, traduzindo-se numa “(...) afetação das funções corporais da vítima (...)”<sup>39</sup>.

OLIVEIRA E SILVA explica que a tutela da integridade física pode ser alcançada ora mediante a proteção concretizada de uma pessoa, ora através da tutela de uma *vítima* indeterminada e, bem assim, de todas e quaisquer pessoas passíveis de ser afetadas pela doença, i.e., pela conduta que a transmite. “O bem jurídico é o mesmo, mas o objeto de ação e a

---

<sup>36</sup> SOUSA, 2021, p. 154.

<sup>37</sup> DIAS, 1998, p. 549.

<sup>38</sup> Apesar de o crime de homicídio poder entrar em conflito, não o trataremos neste trabalho.

<sup>39</sup> FARIA, 1999, §17-18, p. 210.

modalidade de atuação do agente são diferentes.”<sup>40</sup> A determinação de uma ou outra varia consoante a *ratio* da norma e o enquadramento da conduta específica. Acompanhamos a autora, associando ao contacto social anónimo o artigo 283.º e ao contágio individualizado, pessoalizado, o crime de ofensa à integridade física; e, assim, “a ulterior disseminação da doença, por descuido ou desinteresse da «vítima», já não parece atribuível ao agente.”<sup>41</sup> Este entendimento coincide com o que se vem defendendo neste trabalho acerca do bem jurídico tutelado pelo crime de propagação de doença: falta um objetivo, um *alvo*, a individualização da conduta (e da própria doença que *automaticamente* se dissemina), afetando a coletividade, fazendo jus ao conceito de *propagar*. Por sua banda, a afetação de *uma* saúde particular evidencia o individualismo pensado pelo crime de ofensa à integridade física.

Em caso de desenvolvimento de forma grave da doença, a mais provável confusão ocorreria entre os art.ss 285.º e 144.º, alínea *d*), contanto que existiria uma lesão à saúde e não um perigo para esta. Olhando para a Covid-19, novamente com OLIVEIRA E SILVA, para punir o agente nos termos do artigo 144.º, alínea *d*), deve este ter consciência de que a concreta vítima pertence a um grupo de risco da doença, antecipando o perigo que o contágio representa para a sua saúde – integridade física; ponderando ainda, “numa formulação mais exigente (...) que o agente tenha tomado a sério o perigo para a vida da vítima e não tenha deixado ainda assim de levar avante a sua atuação.”<sup>42</sup> Assim, resultando da propagação ofensa à integridade física grave, é aplicável a norma agravante do artigo 285.º.

Ora, recém volvidos do debate acerca do bem jurídico tutelado pelo artigo 283.º, não podemos fazer tábua rasa do que a esse propósito foi dito. É que, em boa verdade, o verbo *propagar* remete o intérprete para a conduta de disseminar doença por um número indeterminado de indivíduos. E também a contagiosidade da doença remonta precisamente à sua transmissibilidade através do contacto interpessoal. Assim, e, em particular, no cenário pandémico, a propagação da Covid-19 afasta-se da *simples* ofensa à integridade física, enquadrando-se na *ratio* do artigo 283.º<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> SILVA, 2021, p. 211.

<sup>41</sup> SILVA, 2021, p. 212.

<sup>42</sup> Nesta linha, segue tecendo considerações acerca da eventual verificação do crime de homicídio na forma tentada, no caso de a vítima sobreviver, *cf. Idem, ibidem*, p. 212.

<sup>43</sup> Sobre esta matéria, *vide* CUNHA, 2021, pp. 213 – 214.

## ***Probatio diabolica* em contexto pandémico**

Em sede de prova, a verificação do crime de propagação de doença enfrenta sérios obstáculos que convém analisar, tendo presente a Covid-19. “(...) A prova da causalidade (a demonstração probatória) da conduta de risco para a causação da infeção é difícil e quase impossível. Ainda que seja possível identificar um “presumível suspeito”<sup>44</sup>, sabemos que o Direito Penal não se basta com presunções – especialmente, de culpa.

Antes de ser decretada como pandemia, era relativamente fácil identificar, com uma margem de erro aceitável, os focos de infeção da doença. Porém, a sua rápida disseminação conduziu à formação de cadeias de transmissão comunitárias, aliando-se a este fenómeno aspetos como o período de incubação do vírus, os infetados assintomáticos e os *falsos negativos*. Uma vez iniciada a fase pandémica, as preocupações intensificaram-se e a determinação dos focos de infeção complicou-se. Em particular, nos surtos de doença, a tarefa probatória (e a simples associação da doença a uma origem) é praticamente impossível. A Covid-19 reúne as *condições ideais* para que se deem contágios inconscientes, diminuindo a probabilidade de os provar ou sequer determinar a sua fonte.

Apesar de a realização de testes de deteção permitir *a priori* saber se um indivíduo está infetado com Covid-19, a ligação da sua conduta à criação do perigo em virtude da propagação da doença raramente é concebível. Se assim é *e.g.* no caso do *cluster* da doença em contexto institucional (*e.g.* num ERPI ou Estabelecimento Prisional) – onde existe um controlo efetivo ao acesso de pessoal –, imagine-se no meio comunitário.

Comparando com o vírus da imunodeficiência humana (SIDA/HIV)<sup>45</sup>, cuja prova se tem por difícil, a transmissão do SARS-CoV-2 exponencia a dificuldade da tarefa probatória, atentas as vias de transmissão e a frequência das condutas de contágio. Ao passo que aquele se transmite especificamente através do contacto com produtos de sangue de doente seropositivo ou do contacto sexual desprotegido, este pode ser contraído entre dois vizinhos que cordialmente se cumprimentam no *hall* do prédio.

Estamos diante da derradeira *probatio diabolica* que se deve não às exigências do tipo *per si*, mas antes à sua concretização prática. O que o tipo exige é que a conduta de propagar doença contagiosa seja adequada à criação *do perigo*, ou, na vertente agravada do crime, à

---

<sup>44</sup> CUNHA, 1999, p. 219.

<sup>45</sup> Sobre o assunto, *vide* CUNHA, 1999, §14-17, pp. 1010 – 1011.

produção do resultado morte ou ofensa à integridade física grave. E é precisamente esse *link* – entre a concreta transmissão e o perigo ou dano – que, as mais das vezes, se frustra.

A ordem jurídico-penal segue, quanto à imputação objetiva, a teoria da causalidade adequada, segundo a qual o nexos causal entre a conduta e o resultado<sup>46</sup> se estabelece quando esta seja adequada a causar aquele – que deve ser sua consequência normal e típica. Assim, a causa jurídico-penal é aquela que, de entre as que levam à transmissão da doença, se revela idónea para criar o perigo para a vida ou o perigo grave para a integridade física, segundo as regras da experiência comum. Tais regras, no âmbito da Covid-19, ditam que a inobservância das medidas de proteção e o contacto de proximidade são condutas adequadas à transmissão da doença e logo, com alguma probabilidade, à criação do perigo.

A prova tem-se por extremamente complexa na generalidade da matéria em Saúde, devendo contar com as margens de erro e variáveis circunstanciais, como o historial da vítima. O juízo de imputação objetiva não pode ser alheio a esses fatores – tendo por consequência a reduzida aplicação do preceito. Como é bom de ver, são raríssimas as decisões dos Tribunais Superiores que resultam na condenação pela prática deste delito.

## **A propagação de Covid-19 como conduta criminalmente punível**

Será a propagação da Covid-19 enquadrável no atual crime de propagação de doença contagiosa?

Com DAMIÃO DA CUNHA, apontamos uma reserva atinente ao perigo exigido pelo tipo, especificamente, à previsibilidade (do perigo) da doença. “ (...) O crime de propagação de doença contagiosa pressupõe, pelo menos para a determinação do seu âmbito de proteção, uma definição prévia da doença contagiosa “presente” (...) não a concreta doença contagiosa ainda em difusão e em estudo.”<sup>47</sup> O apreensivo acolhimento legal da Covid-19 é compreensível: trata-se de uma doença recente, comparando e.g. com a tuberculose, em constante mutação, cujos contornos são, para já, insuficientemente conhecidos.

O juízo de prognose (do perigo) resulta de evidência científica baseada na manifestação da doença no passado ou na sua semelhança a uma patologia bem conhecida. E, para estabelecer

---

<sup>46</sup> Neste contexto, agente e conduta são entendidos como um só, posto que o agente criminoso é o infetado, sendo confundível com a doença em si. Não é possível uma dissociação plena entre as *componentes* objetiva e subjetiva do ilícito, visto que a conduta tipificada se trata de uma realização do agente. Assim, ao referirmo-nos ao agente, referimo-nos à conduta e vice-versa.

<sup>47</sup> CUNHA, 2021, p. 206.

probabilidades de perigo estatisticamente seguras, é necessário o reconhecimento formal da contagiosidade da doença – o que teve lugar com o Despacho n.º 15.385-A, de 21 de dezembro de 2016, da Direção-Geral da Saúde, que estabelece a lista de doenças transmissíveis de notificação obrigatória<sup>48</sup>. DAMIÃO DA CUNHA sublinha ainda a necessidade de informar a população acerca de medidas de proteção individual, com vista à contenção da doença. Porém, denota, e neste ponto também acompanhamos o autor, que “(...) a necessidade de se realizar um juízo *ex ante* sobre a grande probabilidade de o dano se vir a produzir – ou seja, uma demonstração comprovada da perigosidade, própria da doença transmitida”<sup>49</sup>. Sem prejuízo da evolução da pandemia (e eventual mudança de paradigma), “(...) a Covid-19 não é reveladora de tal probabilidade segura de perigo para a vida ou integridade física grave.”<sup>50</sup> Nesta ordem de pensamento, o autor considera elidida “(...) uma presunção segura de gravidade da doença, ou pelo menos da alta probabilidade de se verificarem os danos.”<sup>51</sup> Na elaboração de tipos legais, o legislador deve ter por referência a experiência e evidência passada e, nesse sentido,

*A pergunta que se impõe é: em que tipologia de contágio ou de doença contagiosa, ou de vírus, se fundamentou o legislador para descrever a incriminação em causa (...)? Eventualmente “doenças-perigos”, hoje dominadas (...) de fonte transmissora facilmente reconhecível.*<sup>52</sup>

SOARES DE ALBERGARIA repara que o artigo 283.º não foi alterado ante a situação pandémica, tornando “(...) aquele preceito muitíssimo impróprio para lidar com a crise em curso.”<sup>53</sup> Efetivamente, se a aplicabilidade do preceito era já reduzida, no plano pandémico, não houve ainda qualquer decisão condenatória pela propagação da Covid-19.

Pelo exposto, concluímos que, apesar do aparente enquadramento no tipo, a Covid-19 não cabe no modelo de *doença contagiosa* projetada pelo artigo 283.º.

---

<sup>48</sup> Estando sujeitas a notificação, clínica e laboratorial, obrigatória (...) [os casos de] hh) infeção pelo SARS-CoV-2/COVID-19 (cf. Despacho DGS n.º 1.150, de 28 de janeiro de 2021)

<sup>49</sup> *Idem, ibidem*, p. 220.

<sup>50</sup> *Idem, ibidem*, p. 220.

<sup>51</sup> *Idem, ibidem*, p. 220.

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*, p. 221.

<sup>53</sup> ALBERGARIA, 2020, p. 1.

## Saúde Pública em tempos de pandemia

*A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social (...) Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.*

Tendo por referência o excerto retirado do preâmbulo da Constituição da OMS, de 1964, buscaremos conhecer a proteção conferida à saúde pública pelo ordenamento jurídico português e, em especial, pelo sistema penal.

As repercussões da Covid-19 verificaram-se na prestação de cuidados de saúde, limitando os recursos humanos e materiais do serviço de saúde nacional, cujo limite de resposta se tornou evidente em relação às demais patologias – que não se extinguiram com a Covid-19, e que foram *silenciadas* nos meses iniciais de pandemia, afetando mais pessoas que ora falharam o diagnóstico atempado da doença, ora aguardam tratamento<sup>54</sup>.

Enquanto sistema de saúde, a Saúde Pública visa ordenar a população, promover e prosseguir o seu bem-estar. A OMS Europa define Saúde Pública como arte e ciência orientada por três pilares de atuação: a prevenção de doenças, o prolongamento da vida e a promoção da saúde através de esforços organizados da sociedade<sup>55</sup>. No entanto, a definição do conceito divide a doutrina, sendo possível traçar duas correntes: aquela que tem por referência as saúdes individuais, e a que confere à saúde pública autonomia total enquanto bem jurídico-penal. Como se infere, a primeira perspetiva é marcada pela tendência para eliminar as diferenças entre saúde individual e saúde coletiva (pública), esbatendo os limites entre ambas e estabelecendo entre si uma relação de dependência.

*[A distinção não se foca no] (...) substrato material ou do objeto de proteção, mas antes no sujeito-titular do bem. Ou seja, do que se trata é sempre de proteger a saúde individual; porém, a saúde pública refere-se a um número elevado e indeterminável de pessoas que constituem a coletividade [sendo definida] como a soma das saúdes individuais, numa relação de pluralidade-singularidade.*<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Cremos que o tratamento desta questão deve passar pela Portaria n.º 153/2017, de 4 de maio, e pelo regime do *funcionamento anormal do serviço*, cf. art.ºs 7.º, n.ºs 3 e 4, e 9.º, da Lei n.º 67/2007, de 30 de dezembro.

<sup>55</sup> Tradução adaptada do inglês “*the art and science of preventing disease, prolonging life and promoting health through the organized efforts of society*” (Acheson, 1988): <https://www.euro.who.int/en/health-topics/Health-systems/public-health-services/public-health-services>

<sup>56</sup> SOUSA, 2021, p. 146.

Por seu turno, a segunda corrente procura conceber o objeto tutelado numa lógica de autonomia face às saúdes individuais.

A preocupação com a melhoria e manutenção do bem-estar comunitário evidencia-se quando a ameaça a esse bem-estar se intensifica, pelo que, em cenários anormais – como o de pandemia – medidas de contenção da doença e promoção da saúde comunitária são cruciais à preservação das condições de bem-estar da coletividade e, conseqüentemente, da saúde pública.

*A noção de saúde pública tem vindo a ganhar uma acentuada dimensão sistémica, concretizada na organização de um sistema público de proteção das condições de saúde da comunidade (...) surge dotada de uma componente organizatória e de uma compreensão global associada a uma racionalidade própria, cumprida através de uma política estadual ou europeia (...).*<sup>57</sup>

No plano legislativo, é patente uma bifurcação no tratamento da saúde pública, que se reveste ora de individualidade, ora de coletividade. Pense-se na obrigatoriedade de utilização de capacete na condução de motociclos e na proibição de fumar em espaços públicos. Torna-se, pois, claro que a saúde coletiva é protegida através de medidas que visam, em primeira linha, as saúdes individuais (como adiante veremos, a propósito da vacinação obrigatória e do internamento compulsivo de portador de doença contagiosa).

## **A tutela da saúde pública na ordem jurídica nacional**

Ultrapassada a questão conceitual, veja-se a tutela legal conferida à saúde pública.

No artigo 64.º, da Constituição da República Portuguesa, o direito à saúde materializa-se, simultaneamente, de forma positiva e negativa. Sob aquela, apontamos duas dimensões: enquanto direito subjetivo à saúde (universalmente reconhecido) e dever fundamental de defendê-la e promovê-la (n.º 1); e – sob uma ótica programática<sup>58</sup> – enquanto tarefa estadual de criar e manter estruturas adequadas à prestação de cuidados de saúde à coletividade – o SNS – , com ou sem a participação de entidades privadas (n.ºs 2 e 3). Por seu turno, sob a vertente negativa, distinguimos o *direito a exigir* do Estado e de autoridades de saúde a abstenção da prática de atos lesivos para a saúde (*cf.* alíneas *d*), *e*) e *f*), do n.º 3, do art. 64.º, da CRP). Efetivamente, seria contraditório o reconhecimento do direito subjetivo à saúde por um Estado que o lesasse, não assumindo a sua proteção.

---

<sup>57</sup> *Idem, ibidem*, p. 147.

<sup>58</sup> Tarefa reforçada pelas alíneas *b*) e *d*), do art. 9.º, da CRP.

A saúde constitui um direito e dever social, gozando de uma “proteção constitucional qualificada”<sup>59</sup>.

A Lei Fundamental consagra o direito de ação popular por *infrações contra a saúde pública* (cf. alínea *a*) do n.º 3 do art. 52.º), e prevê a intervenção de juízes sociais nos julgamentos por ditas infrações (cf. art. 207.º, n.º 2).

As políticas de saúde<sup>60</sup>, que são tão mais intensas e coercivas quanto maior é o perigo representado para a saúde da coletividade. Prova viva desta relação proporcional é a constante elaboração normativa, que tem permitido o controlo da pandemia. Do simples Despacho à Lei, prevêem-se medidas de contenção sanitária e consequências para o respetivo incumprimento<sup>61</sup>.

No plano infraconstitucional, em matéria de saúde, destacamos a Lei de Bases da Saúde (aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro) que dispõe sobre o sistema de saúde nacional, nomeadamente, o SNS. A Base 1 (que prevê o direito à proteção da saúde, reforçando, no n.º 4, a incumbência do Estado a promover e garantir) e a Base 2 (nomeadamente, as alíneas *a*) e *b*), do n.º 1, que estabelecem direitos e deveres dos utentes de saúde), podem ser tidas como um *espelho* do artigo 64.º, da CRP.

No plano *de iure condendo*, destacamos a *Convenção MediCrime* (a Convenção do Conselho da Europa Relativa à Contrafação de Medicamentos e Infrações Semelhantes que envolvam Ameaças à Saúde Pública) cuja ratificação e vigência em Portugal, desde 2019, em nada modificou a legislação nacional nesta matéria.

## **A proteção penal da saúde pública**

Surge agora a questão acerca da dignidade e necessidade penal da sua tutela. Apesar de termos admitido *supra* que o artigo 283.º tutela, de forma mediata, a saúde pública, tal proteção não se revela suficiente face à séria ameaça representada por uma pandemia. Tentaremos, pois, compreender em que moldes deve o Direito Penal intervir, em específico, perante a propagação de uma doença contagiosa.

---

<sup>59</sup> CANOTILHO e MOREIRA, 2007, p. 699,

<sup>60</sup> Entendidas como o conjunto de princípios orientadores da tomada de decisão em Saúde, concretizados através de medidas preventivas e curativas que visam a qualidade de vida da população.

<sup>61</sup> *Vide* legislação Covid-19 disponível em <https://dre.pt/dre/geral/legislacao-covid-19>

Ao longo das últimas décadas, surgiram ameaças que fazem perigar o bem-estar da coletividade e assistiu-se a diversas alterações no que respeita à tutela da saúde pública, no contexto penal. Paradoxalmente, enquanto se reconhecia tutela legal a bens jurídicos coletivos como o ambiente, a saúde pública desaparecia do Código Penal, verificando-se um *êxodo* da sua proteção para legislação extravagante – onde adquiriu relevância meramente residual. No contexto penal, é visível o desaparecimento de mecanismos protetores da saúde pública e seu consequente afastamento do estatuto de parâmetro e critério incriminador.

O Código Penal Português aprovado pelo Decreto de 16 de setembro de 1886, previa a secção *dos crimes contra a saúde pública*, inserida no capítulo *da violação das leis sobre inumações e da violação dos túmulos e dos crimes contra a saúde pública*, incriminando condutas lesivas da saúde da coletividade. Em legislação penal avulsa, o DL n.º 41.204 de 24 de julho de 1957, que introduziu disposições relativas às infrações contra a saúde pública e contra a economia nacional, revelou-se um marco na autonomização de incriminações das condutas contra a saúde pública, entre as quais a *matança clandestina* e a *falsificação e impropriedade de géneros alimentícios* e sua *comercialização*. Em 1984, surgiu o DL n.º 28/84, de 20 de janeiro, que colmatou a revogação do DL n.º 41.204, de 24 de julho de 1957, operada pelo CP de 1982. Estabelecia o crime *contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios ou aditivos alimentares* – norma que, apesar de parecer tutelar a saúde pública, visava antes a economia, restando apenas o crime de *abate clandestino*, que remete, porém, para a dimensão sanitária e higiénica da saúde pública. Assim, a partir de 1984, a tutela penal da saúde pública era *garantida* apenas pelo CP e pelo DL n.º 28/84, de 20 de janeiro.

A Lei n.º 9/2020, de 10 de abril (entretanto revogada), que regulava o regime excecional de perdão da execução das penas, no contexto pandémico, previa, no n.º 6, do artigo 2.º, exceções a este *perdão*, não sendo, contudo, o crime de propagação de doença uma delas. Ou seja, “(...) desde que verificados os restantes pressupostos, é admissível, à luz da presente Lei, o perdão em casos de condenação pelo crime mencionado.”<sup>62</sup> ROSÁRIO coloca a hipótese de tal omissão se ficar a dever à aplicação temporal do regime – que apenas se aplica a decisões *já* transitadas em julgado. Sem embargo, frisa que a aplicação do regime a casos de condenação pelo crime em apreço resultaria numa

---

<sup>62</sup> ROSÁRIO, 2020.

*Visão de impunidade sobre os comportamentos que elevem o número de contágios pelo SARS-CoV-2: se estes não podem ser abrangidos pelo perdão (...), mesmo que referente a doença diversa, poderá traduzir-se numa distinção socialmente confusa (...)*<sup>63</sup>

IGREJA MATOS<sup>64</sup> denota o desafio *a enfrentar* pelo Direito Penal na admissão da saúde pública como bem jurídico-penal, i.e., um *interesse* socialmente valioso digno de proteção jurídica e previsão constitucional. A perda de relevância jurídico-penal de aceção coletiva da saúde confere, reflexamente, maior protagonismo e proteção aos bens jurídicos individuais, como a vida e a integridade física. Apesar de, nem na prática nem em teoria, existir uma plena coincidência axiológico-material entre saúde coletiva e individual, são termos indissociáveis, surgindo a lesão à saúde individual, muitas vezes, como a primeira manifestação da lesão àquela ou, inversamente, como um reflexo do dano causado a esta. É, então, compreensível que o indivíduo figure, em alguns tipos legais, como “vítima do crime e representante da comunidade para quem o perigo se projeta”<sup>65</sup>. Nesta medida, admite-se uma tendencial coincidência conceitual de interesses, valores e bens; entendemos com o autor que

*Há sempre mais-valias axiológicas no favorecimento de uma abordagem criminal à saúde pública centrada na dimensão individual do bem jurídico, desde logo porque essa aproximação pessoal ao dano torna mais nítidas as exigências de ofensividade e necessidade da pena no contexto da discussão e aplicação de uma determinada incriminação (...).*<sup>66</sup>

Vimos antes que este conceito se revela de difícil definição, detendo um estatuto *volátil* que conduz à instabilidade no enquadramento legal, em especial, no âmbito penal. Um dos potenciais entraves à atribuição da condição de bem jurídico-penal prende-se precisamente com a exagerada amplitude conferida ao conceito e com os usos múltiplos a que se permite. Todavia, a negação absoluta de um tal *status* revela-se incoerente, na medida em que a indiferença do sistema jurídico-penal, nomeadamente, às disposições constitucionais que abordámos se demonstraria contraditória e, inclusive, inconstitucional.

A conduta de propagar uma doença contagiosa estende-se, essencialmente, a duas *ciências* fundamentais à sociedade do Estado de Direito: a Medicina, em concreto, a Saúde Pública, e o Direito, em especial, o Direito Penal. Impõe-se, portanto, a questão sobre qual o tratamento a dar à propagação de uma doença contagiosa. Será adequado o tratamento exclusivo

---

<sup>63</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>64</sup> MATOS, 2020, p. 148.

<sup>65</sup> SILVA, 2021, p. 212.

<sup>66</sup> MATOS, 2020, p. 150.

e autónomo por cada ramo ou antes uma abordagem de competência repartida entre Medicina e Direito? Deverá prever-se um tratamento *escalonado*, intervindo primeiro o Direito de mera ordenação social e posteriormente, se tais condutas chegarem a revestir uma “materialidade eticamente censurável”<sup>67</sup>, aplicar disposições penais?

Creemos que o conflito de competência entre a Medicina e o Direito é aparente, sendo áreas complementares e interdependentes à incriminação da conduta de propagação de doença. Por um lado, a classificação de uma doença como contagiosa – tarefa que compete à Saúde Pública – é requisito para que a sua transmissão consubstancie uma conduta criminosa, nos termos do artigo 283.º, n.º 1, alínea *a*). E, por seu turno, o Direito serve a Medicina, disponibilizando os meios regulamentares e coercivos a fim de ordenar a sociedade, no combate de doenças. Esta questão parece, assim, ultrapassada.

Foquemo-nos, então, no âmbito jurídico, a fim de determinar o ramo – ou *patamar* – a que se deve confiar o tratamento das ameaças à saúde pública e, em especial, da propagação de doença. No confronto entre Direito de ordenação social e Direito Penal, invocamos, o princípio da mínima intervenção penal ou da *ultima ratio*, que dita que a criminalização de uma conduta só se justifica se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos. Ou seja, se outras formas de sanção se revelarem suficientes para a tutela do bem ou bens lesados, o recurso ao Direito Penal é inadequado e excessivo. O n.º 2 do artigo 18.º, da CRP, prevê os princípios da necessidade da pena e da proporcionalidade ou da proibição do excesso, balizando, consequentemente, a intervenção penal.

O Direito de mera ordenação social surge *em primeira linha*, cabendo-lhe assegurar o funcionamento do *sistema* social mediante o cumprimento de deveres *quasi* administrativos, prevendo, ilícitos contraordenacionais. Neste *nível*, as sanções traduzem-se em coimas e sanções acessórias não privativas da liberdade. No patamar superior, surge a intervenção penal que acarreta consequências mais gravosas para o agente, contendendo com direitos fundamentais, como o direito à liberdade – restringido mediante penas de prisão, medidas preventivas ou de segurança. O Direito Penal deve atuar, por isso, única e exclusivamente quando estão em causa condutas socialmente desvaliosas com relevância penal. Não obstante, entendemos, com RIBEIRO DE FARIA, a propósito da transmissão do vírus da SIDA, que

---

<sup>67</sup> SOUSA, 2021, p. 149.

*O princípio da subsidiariedade da norma penal não pode significar o completo afastamento do mecanismo sancionatório penal deste âmbito, tendo em conta a natureza dos bens jurídicos envolvidos, e a intensidade do ataque a esses bens que a transmissão do vírus da SIDA traduz, e sendo também certo que a eficácia preventiva da norma penal nesta sede não se deixa reduzir a zero.*<sup>68</sup>

A *ratio* subjacente ao Direito de ordenação social não produz o mesmo impacto na comunidade que o Direito Penal, que obedece a uma lógica de Política Criminal<sup>69</sup>. Por tudo o que dissemos, parece adequada a criminalização da conduta de propagar doença contagiosa. A propósito da vacinação obrigatória, veremos em que moldes projetamos o *sancionamento escalonado* de condutas lesivas da saúde pública.

### **A salvaguarda da saúde pública a que custo: direitos individuais e coletivos**

Em tempos conturbados como os de pandemia – que o nosso sistema, como o conhecemos, desconhecia –, insurgem-se movimentos rebeldes sob a premissa de uma revolta contra o poder estatal. Vimos observando reivindicações do direito à liberdade individual protagonizados por *grupos militantes* que pretendem sobrepor o seu individualismo, invocando direitos, liberdades e garantias, ao bem-estar da coletividade. E, assim, gera-se um exercício típico da colisão de direitos fundamentais.

Nesta matéria, diz-nos o artigo 18.º, n.º 2, da CRP, que a sua restrição apenas é legítima *nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*, revestindo-se de carácter geral e abstrato, proibindo ainda a aplicabilidade retroativa dessa restrição e a afetação do núcleo essencial do direito restrito (*cf.* art. 18.º, n.º 3, da CRP).

De facto, jamais os direitos devem ser tidos por absolutos, ainda que constitucionalmente consagrados. A sua *relatividade* e *sociabilidade* permitem a convivência entre si, mas também a constrição de uns em prol de outros. Assim, a solução de uma situação de conflito de direitos – fundamentais, inclusive – exige a limitação de um deles à luz de critérios de proporcionalidade, adequação e necessidade.

---

<sup>68</sup> FARIA, 2005, p. 989.

<sup>69</sup> Atendendo a exigências de prevenção geral positiva, que visam a consciencialização geral da importância social do bem jurídico ora violado e o restabelecimento da confiança da comunidade no sistema penal; e exigências de prevenção geral negativas, que pretendem a dissuasão generalizada da prática criminal; bem como a exigências de prevenção especial positiva, traduzidas na ressocialização do agente, e exigências de prevenção especial negativas, que almejam evitar a reincidência criminal por parte do próprio agente.

*À friendliness do Estado que cria e mantém uma estrutura administrativa de prestação de cuidados de saúde tendencialmente gratuita, junta-se uma roughness (...) da Administração que tem por missão prevenir e debelar situações de risco sanitário, se necessário com o sacrifício de direitos dos cidadãos.*<sup>70</sup>

Este contraste é denotado por AMADO GOMES e torna-se evidente atendendo às regulamentações em matéria de saúde pública a que vimos assistindo nos últimos dois anos. Entre imposições e proibições, de *facere* e *non facere*, o objetivo último do Estado enquanto Administração é o de (continuar) a garantir a prestação de cuidados de saúde aos cidadãos e melhorar a sua qualidade de vida.

A pandemia de Covid-19 obrigou, por não poucas vezes, à declaração e renovação do Estado de Emergência, no nosso país. Sob este regime jurídico excecional, previsto constitucionalmente no artigo 19.º, da CRP, e regulado pela Lei n.º 44/86, de 30 de setembro<sup>71</sup>, torna-se legítima a restrição e suspensão de direitos fundamentais.

Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana – com que se estreia a nossa Constituição (*cf.* art. 1.º) – o critério norteador nesta matéria, somos remetidos para uma ideia de liberdade e “qualquer limitação à *autonomia vital* individual deve ser justificada em função da necessidade de prossecução de determinados fins de interesse colectivo e não o contrário”<sup>72</sup>. A vertente coletiva da saúde não invalida direitos individuais dos cidadãos, antes, pelo contrário, reforça-os, promovendo a proteção das saúdes individuais, desde logo, através do SNS. Todavia, é precisamente a estrutura funcional deste sistema de cuidados de saúde que mais se vê afetada perante a crise sanitária instalada, tornando-se necessária uma gestão eficaz de recursos – o que implica a restrição de direitos individuais.

Imaginamos uma balança, encontrando-se, num prato, a liberdade individual *lato sensu* e, no outro, a saúde coletiva. Será o equilíbrio da balança uma pretensão utópica? Parece que sim; parece *necessário* que um deles se quede mais elevado do que o outro. Perguntamos: se o Estado *proíbe* os fumadores de fumar em locais não destinados ao efeito, por que motivo não seria admissível a limitação de direitos, numa situação atípica, com vista à salvaguarda da coletividade?

---

<sup>70</sup> GOMES, 1999, p. 6.

<sup>71</sup> Atualizada pela Lei Orgânica n.º 1/2012, de 11 de maio.

<sup>72</sup> GOMES, *Idem, ibidem*, p. 9.

## A vacinação obrigatória: viabilidade do regime

Ainda numa fase embrionária da pandemia, via-se a vacinação da população mundial como *a solução* do problema. Afortunadamente, a Ciência contemporânea, aliada ao avanço tecnológico e diversidade de meios investigativos, rapidamente alcança soluções. Inspirada por sucessos passados<sup>73</sup>, a comunidade científica apostou na vacinação à escala mundial.

A aprovação de uma vacina para utilização em humanos, no que aqui interessa, encerra um processo balizado por rigorosos critérios técnico-científicos que visam assegurar a qualidade e segurança. Desde a pesquisa aos testes de eficácia, a *simples* criação de uma vacina pode levar mais de dez anos para ser concluída<sup>74</sup> – prazo que, perante a rutura mundial dos sistemas de saúde, se revela manifestamente moroso. Uma vez criada, a vacina deverá ainda ser submetida a ensaios, dependendo a sua comercialização da aprovação por entidades reguladoras, *e.g.* a Agência Europeia de Medicamentos.

A nível individual, as vacinas têm por principal objetivo o desenvolvimento de defesas imunitárias contra uma doença – desempenhando uma função preventiva e não curativa. Na vertente coletiva, o *supra sumo* da vacinação é a imunidade de grupo: um estágio endémico alcançado através da inoculação de dada percentagem populacional<sup>75</sup>, que permite a proteção indireta de quem nunca esteve infetado ou não pode ser vacinado contra a doença (*e.g.* grávidas e doentes com deficiências do sistema imunitário).

Poupando lições de Bioquímica e Microbiologia, veremos agora o impacto da vacinação na sociedade hodierna.

Tendo em vista a superação da morosidade procedimental e a garantia dos trâmites a observar, a Comissão Europeia apresentou a *Estratégia da UE para as vacinas contra a COVID-19*<sup>76</sup>. Assim, materializou-se a esperança do início do *final feliz* do SARS-CoV-2: após menos de um ano desde o início da pandemia, foi introduzida no mercado a primeira vacina

---

<sup>73</sup> Vide SNS (7/dez/2016), “Doenças evitáveis pela vacinação”, INSA – Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, <https://www.insa.min-saude.pt/doencas-evitaveis-pela-vacinacao/>, consult. em 1/fev/2022

<sup>74</sup> Sobre o assunto, vide OMS (8/dez/2020), “Como são as vacinas desenvolvidas?”, <https://www.who.int/pt/news-room/feature-stories/detail/how-are-vaccines-developed>, consult. em 3/fev/2022

<sup>75</sup> Esta percentagem varia consoante a doença: no caso da Covid-19, julgava-se necessária a inoculação de 80% da população adulta portuguesa (com 30 ou mais anos), porém, essa realidade tem se revelado utópica.

<sup>76</sup> A versão portuguesa está disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0245&from=PT>

contra a doença<sup>77</sup>, da *Pfizer/BioNTech*<sup>78</sup>. Em Portugal, a campanha nacional de vacinação contra a Covid-19 é regulada pela norma DGS n.º 002/2021, de 30 de janeiro<sup>79</sup>.

A vacinação contra a Covid-19 visa desacelerar a sua transmissão comunitária, diminuindo a probabilidade de desenvolvimento de forma grave da doença. Contudo, tanto quanto se conhece, não impede que uma pessoa vacinada seja infetada com SARS-CoV-2, sendo, por isso, possível que um indivíduo com o esquema vacinal completo contraia o vírus, ainda que a sintomatologia da doença (havendo) seja *a priori* ligeira. Em suma, a vacinação contra a Covid-19 tem permitido o controlo significativo do número de óbitos e da propagação galopante a que assistimos durante o primeiro ano de pandemia.

Nesta matéria, invocamos o Programa Nacional de Vacinação<sup>80</sup> cujo objetivo é proteger os indivíduos e a população em geral contra ameaças à saúde pública, *in casu*, doenças eficazmente combatidas por vacinas<sup>81</sup>. O PNV, implementado em 1965, gratuito e acessível a todas as pessoas presentes em território nacional, é regularmente revisto e atualizado pela DGS, atendendo a fatores como as vacinas disponíveis, a frequência e distribuição demográfica das doenças e os serviços de saúde. Destacamos ainda a Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto, que institui um sistema de vigilância em saúde pública: o Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica<sup>82</sup>.

Numa perspetiva coletiva, a vacinação contra a Covid-19 tem permitido o alívio do sistema de saúde. Atendendo ao dever estadual de criação de políticas de confiança na vacinação e literacia em Saúde, indagamos acerca da responsabilização do Estado pela inércia na prestação de cuidados de saúde – em concreto, pela não imposição da vacinação contra a Covid-19. Com SANTOS BOTELHO, perguntamos se “poderá aqui equacionar-se uma situação de responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão de cuidados de saúde, dos quais resultem a morte ou a lesão grave à integridade física de alguém que contraiu uma

---

<sup>77</sup> Cf. Comissão Europeia, “Comunicado de imprensa - Comissão Europeia autoriza a primeira vacina segura e eficaz contra a COVID-19”, 21/dez/2020. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip\\_20\\_2466](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_2466), consult. em 7/fev/2022

<sup>78</sup> A carteira de vacinas da União Europeia pode ser consultada em [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans\\_pt](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans_pt)

<sup>79</sup> Atualizada em 11-01-2022, disponível em <https://www.dgs.pt/normas-orientacoes-e-informacoes.aspx>

<sup>80</sup> Atualizado pela Norma DGS n.º 018/2020, de 27 de setembro, disponível em <https://www.dgs.pt/normas-orientacoes-e-informacoes/normas-e-circulares-normativas.aspx>

<sup>81</sup> *E.g.* o tétano e a difteria são doenças de vacinação obrigatória (integrada no PNV) desde 1962 (*cf.* DL n.º 44.198, de 20 de fevereiro de 1962), considerando-se erradicadas atualmente.

<sup>82</sup> O funcionamento do SINAVE é regulado pela Portaria n.º 248/2013, de 5 de agosto, e a sua utilização é obrigatória, nos termos do Despacho DGS n.º 5.855, de 5 de maio de 2014.

doença evitável por vacinação.”<sup>83</sup> Não pretendendo, porém, um maior extravasamento do objeto do nosso estudo, remetemos tais questões para o âmbito da Lei n.º 67/2007, de 30 de dezembro.

Qualquer solução aporta uma taxa de risco, devendo ser adotada aquela que se revelar mais adequada a atingir o fim pretendido, desde que respeite os limites do aceitável. E, assim, apesar das contraindicações e efeitos secundários associados à taxa de sucesso das vacinas contra a Covid-19, ante o panorama de catástrofe sanitária, a relação benefício-sacrifício deve ser o critério preponderante da tomada de decisão. Sabe-se que o risco de contrair SARS-CoV-2 é diminuído pela vacinação, pelo que concluímos que quem opta por não se vacinar contribui para que o vírus circule na comunidade, dificultando, conseqüentemente, o almejado controlo e ulterior erradicação da doença.

Tudo indica *rebus sic stantibus* que a vacinação contra a Covid-19 permanecerá facultativa. Destarte, tratando-se a vacinação de uma medida de saúde pública, urge indagar sobre a pertinência da sua obrigatoriedade. Se a campanha de vacinação delineada pela DGS não surtisse os efeitos pretendidos, seria pensável a imposição da vacinação contra a Covid-19?

Em cenário algum, a imposição da vacinação poderia legitimar formas de coação (moral ou física). Com REIS NOVAIS, “a vacinação obrigatória passaria sempre por criar um regime de sanções para as pessoas que não aceitassem a medida. Nunca poderia passar por uma inoculação forçada porque isso representaria violar a dignidade da pessoa humana.”<sup>84</sup> Sobre o tema, MENEZES LEITÃO entende que “está a impor-se a vacinação obrigatória”<sup>85</sup> através da exigência de certificado de vacinação ou de testagem para frequentar restaurantes, mas há que ter em conta a alternância entre si. Isto é, a entrada nestes estabelecimentos requer prova de vacinação *ou* de teste negativo à Covid-19, pelo que, neste contexto, aquela certificação traduz tão-só uma medida de contenção da doença e não de imposição de vacinação, sendo bastante o certificado de testagem que *per si* não exige a toma de vacina. Cremos, por isso, excessivo tal entendimento.

Por contender diretamente com direitos fundamentais, o regime impositivo de vacinação dependeria do crivo constitucional; e, nesta matéria, em nada parece a CRP obstar. De facto, a Lei Fundamental não se limita a garantir o direito à saúde, mas consagra o dever de a defender

---

<sup>83</sup> BOTELHO, 2021.

<sup>84</sup> Ordem dos Advogados, “A vacinação obrigatória na prática já existe neste momento em Portugal”, Imprensa, 17/jul/2021. <https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2021/07/17/a-vacinacao-obrigatoria-na-pratica-ja-existe-neste-momento-em-portugal/>

<sup>85</sup> Ordem dos Advogados, “A vacinação obrigatória ...”

e promover. Um tal regime deveria, evidentemente, respeitar critérios de proporcionalidade, adequação e necessidade, bem como o disposto em matéria de produção normativa (*cf.* art.ss 165.º, n.º 1, alínea *b*), e 198.º, n.º 1, alínea *b*), da CRP<sup>86</sup>).

Este regime deveria assegurar o cumprimento do disposto na alínea *f*), do n.º 1, da Base 2, da LBS, que prevê o direito de todas as pessoas *a decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos*; bem como os direitos fundamentais (*e.g.* art.ss 25.º e 27.º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos) e constitucionais (*e.g.* art. 64.º, da CRP).

Ora, assistimos a correntes negacionistas da Covid-19, acentuando a polarização entre *pró-vacina* e *anti-vacina*, perturbando a missão das autoridades de saúde no combate da pandemia. Assim, se o regime impositivo de vacinação vingasse, como se tornaria eficaz na sua dupla função de compelir os cidadãos a vacinar(em-se), por um lado, e a responsabilizar aqueles que o recusam fazer? Importa distinguir, antes de mais, quem não pode ser vacinado por motivos clínicos ou socioculturais daqueles que não se vacinam por opção – aqui se incluindo quem opta por não vacinar filhos<sup>87</sup> ou outros dependentes (*e.g.* Cuidador Informal).

Retomamos, assim, a questão do *escalonamento sancionatório supra* desvendada. A criação de escalões permitiria punir diferentes condutas de formas distintas, *i.e.*, apesar de sempre falarmos do indivíduo que, em podendo, não vacina<sup>88</sup>, tal opção – conduta – será tão mais desvaliosa quanto maior for a necessidade de vacinar. Portanto, o cidadão que recusa vacinar num cenário de normalidade contra *e.g.* o tétano<sup>89</sup>, será punido de forma diferente daquele que recusa vacinar num plano pandémico.

Assim, a recusa de vacinação no cenário de vivência média, onde existe um equilíbrio entre procura e oferta de cuidados de saúde, seria o primeiro patamar de intervenção. Nesse plano, proporíamos a criação de um ilícito contraordenacional: quem recusasse vacinar-se seria

---

<sup>86</sup> Em matéria de elaboração normativa, foram dirigidas críticas à legitimidade das medidas de combate à pandemia emanadas por via de Decreto Governamental sem autorização, através de Lei de Autorização Legislativa, da Assembleia da República.

<sup>87</sup> Por se revelar bastante extensa e suscitar questões de índole diversa, remetemos o estudo desta temática para outras obras, *vide* PINTO, Rayanne Silva (2018) – *Vacinação Obrigatória: Saúde Pública versus Discricionariedade Parental*: 2017-2018, Dissertação de Mestrado em Bioética. Porto, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto; e CUNHA, Mariana da Silva (2019) – *Criminalização da Recusa de Vacinação a Filho Menor*: 2018-2019, Dissertação de Mestrado em Direito. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

<sup>88</sup> A conjugação verbal utilizada pretende abranger aqueles que não se vacinam e aqueles que não vacinam outrem de si dependente em matéria de Saúde.

<sup>89</sup> Sobre as implicações éticas da recusa, *vide* HESPANHOL e SANTOS, 2013.

punido com coima, que, no caso de *e.g.* profissionais de saúde ou titulares de cargos políticos seria agravada em razão da autoridade de que estão investidos; ao indivíduo que impedisse a vacinação de dependente seria *e.g.* vedado o acesso a abonos ou subsídios e, tratando-se de filho, o caso poderia ser sinalizado à competente Comissão de Proteção de Crianças e Jovens.

Por sua banda, num contexto de crise pandémica, passaríamos ao plano penal, criando o crime de recusa de vacinação: um crime de perigo abstrato. À semelhança da proteção conferida à segurança rodoviária – influenciada pela intensidade da violação –, dividida entre o regime contraordenacional (*cf.* art. 81.º, do Código da Estrada<sup>90</sup>) e o plano criminal (o crime de condução em estado de embriaguez, *cf.* art. 292.º, CP). Ambas as normas tutelam a segurança rodoviária, contudo, a sanção criminal é justificada pela intensidade da ameaça do bem jurídico – traduzida *in casu* pela taxa de álcool no sangue. Com efeito, também a ameaça à saúde pública varia e implica consequências distintas, requerendo respostas diferenciadas.

Ora, tratando-se de crime de perigo abstrato, não seria necessária a verificação concreta do perigo, antes relevando a perigosidade da conduta à luz das regras e experiências sociais: situação distinta do artigo 283.º, onde se prevê a criação do perigo concreto. Antes, falamos de um crime motivado pela ameaça à saúde coletiva devido à (manutenção da) possibilidade de vir a propagar-se doença evitável através da vacinação; o indivíduo não vacinado representa a *forma adormecida* da doença; este tipo legal aplicar-se-ia precisamente, aos casos de recusa da vacinação contra a Covid-19, num cenário em que seria obrigatória.

As consequências jurídicas do crime poderiam implicar inclusive pena de prisão, atenta as finalidades de Política Criminal. E, na linha do que dissemos *supra*, tratando-se de *e.g.* profissional de saúde, titular de cargo político ou representante legal, poderiam ter lugar penas acessórias, como as previstas nos art.ss 66.º, 67.º e 69.º-C, do CP.

Um tal crime de não vacinação, por se tratar de um crime omissivo, aproxima-se do crime de omissão de auxílio, *cf.* artigo 200.º. Por isso, se a vacinação constituísse um grave risco para a vida ou integridade física do indivíduo – não podendo este vacinar-se – tal omissão não seria punível, *cf.* n.º 3, do artigo 200.º.

Alguns países avançaram, à data, com a imposição da vacina contra a Covid-19: *e.g.*, em Itália, é obrigatória para profissionais de saúde, professores, trabalhadores de ERPI, membros

---

<sup>90</sup> Aprovado pelo DL n.º 114/94, de 3 de maio, com as alterações da Lei n.º 66/2021, de 24 de agosto.

das Forças de Segurança e cidadãos com 50 anos ou mais. A Áustria impôs a vacinação a todos os cidadãos com mais de 14 anos, sob pena da aplicação de sanções pecuniárias<sup>91</sup>.

Desta feita, cremos que a imposição da vacinação contra a Covid-19 (e doenças equivalentes) deve ser ponderada, através de uma regulamentação trabalhada e antecipada, prevenindo atentados à saúde pública, em virtude de *comportamentos resistentes*. Ante situações excepcionais de crise sanitária, acreditamos que o sacrifício de direitos fundamentais (como o direito à liberdade e à integridade física), em prol da salvaguarda do direito à proteção da saúde, se justifica.

A vacinação é o exercício de um direito à proteção individual, mas apresenta-se também como um dever cívico de proteção coletiva; *deve ser entendida como um direito e um dever dos cidadãos, participando ativamente na decisão de se vacinarem, com a consciência que estão a defender a sua saúde, a Saúde Pública e a praticar um ato de cidadania*.<sup>92</sup>

## **O internamento compulsivo de portador de doença contagiosa**

Surge agora o debate acerca do internamento compulsivo de doente portador de SARS-CoV-2, que, recusando tratamento médico necessário, constitui ameaça à saúde pública equivalente ao portador de anomalia psíquica.

Ao abrigo do regime excecional de emergência, o Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, legitimava, na alínea *a*), do seu artigo 4.º, as autoridades públicas competentes a realizar *as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia, incluindo o confinamento compulsivo no domicílio ou em estabelecimento de saúde, i.e., o confinamento obrigatório, em estabelecimento de saúde ou no respetivo domicílio [de] (...) doentes com COVID-19 e os infetados com SARS-CoV-2 [e de] (...) cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa*.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Sobre o assunto, *vide* SIC Notícias (25/jan/2022), “Dos certificados digitais à vacinação obrigatória: o preço da endemia”, <https://sicnoticias.pt/coronavirus/dos-certificados-digitais-a-vacinacao-obrigatoria-o-preco-da-endemia/>, consult. em 10/mar/2022

<sup>92</sup> *Cf.* Ponto 1.2, da Norma DGS n.º 018/2020, de 27 de setembro.

<sup>93</sup> *Cf.* art. 3.º, n.º 1, do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março. A norma passou a prever também o confinamento obrigatório *noutro local definido pelas autoridades de saúde*, na versão conferida pelos Decretos n.º 2-B/2020, de 2 de abril, e n.º 2-C/2020, de 17 de abril.

Gera-se, novamente, um conflito entre o direito à liberdade individual e o direito à saúde, previstos, respetivamente, nos art.ss 27.º e 64.º, da CRP. Na ordem nacional<sup>94</sup>, a restrição do direito à liberdade é admitida pelas seguintes normas: artigo 27.º, n.º 3, alínea *h*), da Lei Fundamental, a Base 34, n.º 2, alínea *b*), da LBS, a LSM e os art.ss 17.º e 18.º, da Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto. No mesmo sentido, no plano jurídico internacional, vai o artigo 5.º, n.º 1, alínea *e*), da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que expressamente refere *pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa*.

No eixo constitucional, exige-se, no n.º 2, do artigo 18.º, da CRP, expressa previsão legal ou constitucional dos casos de restrição de direitos, liberdades e garantias. Com ROSAS DE CASTRO, e para o que aqui interessa, a alínea *h*), da norma *supramencionada*, “(...) fazendo expressa e exclusiva menção apenas ao *portador de anomalia psíquica (...) a contrario sensu até (...) nega (...) o internamento compulsivo de outras pessoas que não as portadoras de anomalia psíquica.*”<sup>95</sup>

Parece não existir norma materialmente conforme à Lei Fundamental que viabilize o internamento forçado de pessoa infetada com doença que não a mental, num cenário de normalidade<sup>96</sup>. ROSAS DE CASTRO conclui que, “(...) face ao perfil especificado das restrições previstas pelo artigo 27.º, n.º 3, da CRP e ao teor da sua alínea *h*), o internamento compulsivo em causa não tem presentemente cobertura constitucional.”<sup>97</sup> Com efeito, qualquer norma que preveja padece(rá) de inconstitucionalidade substantiva – pois, a nível formal, já vimos, basta-lhe a previsão legal –, impondo a restrição do direito à liberdade sem acompanhamento constitucional.

Neste âmbito, é incontornável a referência da Lei de Saúde Mental, aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de julho<sup>98</sup>, visto que, na prática, representam perigo equivalente para a saúde pública (em ambas as vertentes mental e física) o portador de anomalia psíquica, nos termos dos art.ss 12.º e 22.º, da LSM, e o infetado com doença contagiosa que recusa isolar-se. Estabelecendo esta ligação, ainda que numa análise anterior à pandemia de Covid-19, AMADO

---

<sup>94</sup> Destacamos dois diplomas marcantes nesta matéria: a Lei n.º 2.036, de 9 de agosto de 1939 (Lei de Bases da Luta contra as Doenças Contagiosas) e o DL n.º 547/76, de 10 de julho (Luta Contra a Doença de Hansen) revogados pela Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto (art. 25.º) e pela Lei n.º 36/2019, de 29 de maio (art. 12.º, alínea *c*)), respetivamente.

<sup>95</sup> CASTRO, 2020, p. 7.

<sup>96</sup> Neste sentido, *vide* a ponderação de situações em que envereda *Idem, ibidem*, pp. 9-23.

<sup>97</sup> *Idem, ibidem*, p. 23.

<sup>98</sup> Que *estabelece os princípios gerais da política de saúde mental e regula o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica, designadamente das pessoas com doença mental* (cf. art. 1.º, da LSM).

GOMES rejeita a ideia de sujeitar a cuidados de saúde a “(...) pessoa que está em condições de equilíbrio mental (...) salvo quando a sobrevivência da pessoa padecendo da enfermidade possa pôr em risco a saúde da colectividade.”<sup>99</sup>

Como qualquer regime limitador do exercício pleno de um direito fundamental, o internamento compulsivo deveria reger-se pelos critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade, primando pela mínima restrição da liberdade do visado, conferindo-lhe mecanismos de reação. Quanto à tramitação do processo de internamento, os prazos estabelecidos deveriam ser muitíssimo reduzidos, numa lógica de urgência, pois que, sendo o seu propósito o de conter a doença, na prática, tal apenas é possível mediante a (rápida) minimização de contágios e isolamento do infetado.

E em relação aos casos de suspeita de doença, deveria também ter aplicabilidade o internamento compulsivo? Cremos que sim, indo na linha do que se previu para a situação de emergência sanitária relativamente aos cidadãos em vigilância ativa. De facto, tendo em conta a falta de confirmação da existência da doença, um caso suspeito apresenta-se como a iminência da ameaça (da existência) do perigo que se pretende arredar. Portanto, o cidadão que recusa o isolamento profilático imposto pelas autoridades de saúde deverá ser internado compulsoriamente – como medida preventiva de afastamento da sociedade *saudável* –, a fim de cumprir quarentena.

À semelhança da LSM, o regime do internamento compulsivo em cenário de normalidade não teria natureza sancionatória, jamais sendo aplicado a título de consequência jurídica pela prática de um crime, sob a forma de pena ou de medida de segurança. Tratar-se-ia da reação a um perigo, uma resposta médico-jurídica com vista a salvaguardar a saúde pública. Neste sentido, e apesar de não serem mutuamente excludentes, este instituto não cumpriria a *ratio* do crime de desobediência – uma verdadeira sanção penal.

Cremos, com ROSAS DE CASTRO, ser necessária uma revisão constitucional, introduzindo norma “(...) que autorize a sujeição a internamento de pessoa que, sendo portadora de doença infectocontagiosa, se recuse a fazer o tratamento competente ou seja incapaz de o consentir”<sup>100</sup>, a operar fora de situações de crise sanitária. Concretamente, aditando uma nova

---

<sup>99</sup> GOMES, 1999, p. 20.

<sup>100</sup> CASTRO, 2020, p. 23.

alínea ao n.º 3, do artigo 27.º, da CRP, prevendo o tratamento coercitivo de doença contagiosa que faça perigar a saúde pública.

*Efetivamente em Portugal, a morosidade de um processo de decisão judicial (...) pode não permitir a proteção da população face ao risco para a saúde pública (...) Assim, os procedimentos que levem a eventuais restrições de direitos, liberdades ou garantias dos cidadãos perante riscos relevantes de saúde pública devem ser previstos e regulamentados na lei, fora e antes de declarações de estado de emergência, permitindo a sua implementação com equidade e transparência, em tempo útil, nos diferentes contextos de modo a simultaneamente assegurar a defesa e a proteção dos direitos à vida, à saúde, à liberdade, autonomia, integridade ou dignidade constitucionalmente protegidos.<sup>101</sup>*

## **Ligação entre o crime de propagação de doença e o crime de desobediência**

Levantámos já o véu sobre a temática da desobediência cujos contornos pretendemos, agora, analisar – em traços gerais –, conectando-a com o crime de propagação de doença.

Previsto no artigo 348.º, o crime de desobediência trata-se de um crime de dano, praticado, por ação ou omissão, por *quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente* (n.º 1). A desobediência será simples, se resultar de disposição legal geral e abstrata anterior à prática do facto (alínea *a*)), ou qualificada, se, na ausência de disposição legal, autoridade ou funcionário assim cominarem uma conduta contemporânea (alínea *b*)). Nas palavras de LÍBANO MONTEIRO, o bem jurídico tutelado é “a autonomia intencional do Estado”<sup>102</sup>; entendendo SOARES DA ALBERGARIA, numa análise contemporânea da pandemia de Covid-19, que, “imediatamente, o bem que ali se tutela é a autoridade do Estado, em concreto das autoridades de saúde (...) mediatamente é a saúde pública (...)”<sup>103</sup>

Na situação de emergência, a desobediência (*cf.* art.ss 348.º, n.º 1, alínea *b*), do CP, e 7.º, da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro) foi a incriminação escolhida para sancionar o incumprimento das medidas impostas. Tomemos como exemplo os art.ss 32.º, n.º 1, alínea *b*), do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, 43.º, n.º 1, alínea *d*), do Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril, e 46.º, n.º 1, alínea *d*), do Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de abril, que atribuem competência às forças e serviços de segurança e, à exceção do primeiro, à polícia municipal, para cominar e participar por crime de desobediência a violação de disposições dos referidos

---

<sup>101</sup> ABRANTES *et al.*, 2020.

<sup>102</sup> MONTEIRO, 2001, §4, p. 350.

<sup>103</sup> ALBERGARIA, 2020, p. 2.

diplomas. Assim, a *versão pandémica* do crime de desobediência basta-se com a violação da obrigação de confinamento.

OLIVEIRA E SILVA entende que o artigo 3.º, dos *supramencionados* Decretos, não cumpre os requisitos de uma norma penal incriminadora, nos termos da alínea *a*), do n.º 1, do artigo 348.º. De facto, a sua insuficiência normativa é visível, posto que configura um Decreto do Governo alçado num poder administrativo residual (*cf.* art. 199.º, alínea *g*), da CRP) e esse “(...) não é o meio próprio para a tipificação de um crime (...) só em *sentido impróprio* se diz de desobediência pois em causa está, na verdade, um delito de perigo abstrato contra a vida e a integridade física (...) e já não um crime de dano contra a autonomia do Estado”<sup>104</sup> (itálico do autor). Sem embargo, “a inconstitucionalidade formal e orgânica<sup>105</sup> do artigo 3.º de cada um dos citados decretos do Governo não obsta (...) à punição por crime de desobediência, fundado no artigo 348.º, n.º 1, alínea *b*) (...)”<sup>106</sup>. Por se tratar de uma incriminação especificamente concebida para a situação de emergência, a punição do desobediente depende da sua cominação por quem de direito, sobre quem recai um *pesado* ónus, ficando a (ir)responsabilidade do desobediente à mercê da *boa vontade* daquele. Na jurisprudência nacional, o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06-07-2021, proc. n.º 435/20.2PFLRS-5, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), nega provimento ao recurso ora interposto com base na insuficiência da cominação do crime de desobediência *in casu*, sobrelevando que “para haver crime de desobediência, terá sempre de haver primeiro uma cominação concreta com tal crime, feita por uma autoridade competente e uma subsequente transgressão.”

Desenhou-se, na *ordem jurídica de emergência*, um vasto espetro de meios para assegurar o cumprimento das medidas impostas: desde campanhas de sensibilização, recomendações das autoridades de saúde à intervenção punitiva. Sendo que a cominação na desobediência reveste um cariz eminentemente administrativo e preventivo, resultante da graduação operada pelo Governo “(...) em função da importância das determinações que se pretendia fazer observar e do impacto sistemático de eventuais transgressões.”<sup>107</sup> Acompanhamos OLIVEIRA E SILVA, ao destacar o cariz punitivo da remissão para o artigo 348.º, n.º 1, alínea *b*), operada pelo

---

<sup>104</sup> SILVA, 2021, p. 217.

<sup>105</sup> Sobre o assunto, *vide* NEVES, António Brito, “Crimes desobedientes – análise da base legal para as detenções por desobediência”, *COVID-19, Direito Penal e Filosofia do Direito*, 29/abr/2020. <https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/29/crimes-desobedientes-analise-da-base-legal-para-as-detencoes-por-desobediencia/>, consult. em 12/jan/2021.

<sup>106</sup> SILVA, 2021, p. 218.

<sup>107</sup> *Idem, ibidem*, p. 216

*supramencionado* Decreto “(...) pretende[-se] apenas individualizar o tratamento sancionatório; trata-se, portanto, de uma remissão *quoad poenam*.”<sup>108</sup>

AIRES DE SOUSA entende que a (tutela da) saúde pública<sup>109</sup> deveria ser o parâmetro orientador da criação das *incriminações pandémicas*: a base da proibição de violação do confinamento obrigatório, deveria residir “(...) a preservação das condições de saúde da comunidade (...)”<sup>110</sup>, criticando a opção legislativa de fazer assentar ditas incriminações no exercício de um poder de autoridade, à semelhança de uma ordem política.

Com DAMIÃO DA CUNHA: “(...) a violação da imposição de confinamento obrigatório –, não serve de fundamento *per si* para afirmar o crime de propagação de doença contagiosa”<sup>111</sup>, arrendado, assim, a aplicação automatizada do ilícito do artigo 283.º. Distingue uma norma de outra aludindo, por um lado, ao perigo concreto exigido pelo artigo 283.º – pois que a mera conduta de quebrar o isolamento não significa *per si* a propagação da doença que se visa conter –; e, por outro lado, ao universo de destinatários de uma e outra, visto que a coincidência de destinatários a que se dirigem as normas em crise não é total: a imposição de confinamento destina-se a indivíduos infetados e em profilaxia (*e.g.* alíneas *a*) e *b*), do n.º 1, do art. 3.º, do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março), já, a incriminação de propagar doença versa exclusivamente sobre quem está em condições de a transmitir – logo, infetado.

Renasce, aqui, a matéria do concurso de crimes: entre os crimes de desobediência e de propagação de doença – cujo concurso efetivo acreditamos ser admissível. Estando em causa incriminações que tutelam bens jurídicos distintos, preenche-se a situação prevista no artigo 30.º, n.º 1. Logo, o agente que, obrigado a permanecer no domicílio, convive socialmente nas ruas, infetando outrem com Covid-19, daí resultando perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física, será punido por ambas as normas, segundo as regras de punição previstas nos art.ss 77.º e 78.º, do CP.

Ainda com DAMIÃO DA CUNHA, denotamos que a imposição de medidas como a contida no mencionado artigo 3.º, cujo incumprimento conduz à desobediência, apenas teve lugar num contexto de emergência: “(...) a doença contagiosa está já propagada, difundida; a

---

<sup>108</sup> *Idem, ibidem*, p. 215

<sup>109</sup> Cujá ausência de tutela crítica, *cf.* SOUSA, 2021, pp. 144 – 152 e 157.

<sup>110</sup> *Idem, ibidem*, p. 160.

<sup>111</sup> CUNHA, 2020, p. 205.

epidemia já foi causada ou então é muito provável”<sup>112</sup>. E, assim, parece frustrar-se o intuito desses instrumentos legislativos: o de *prevenir a doença, conter a pandemia, salvar vidas*<sup>113</sup>.

Falávamos precisamente do crime de desobediência ao referirmos que o internamento compulsivo de portador de doença contagiosa não exclui a sua responsabilidade criminal. Pensamos, no infetado com Covid-19 obrigado a permanecer em quarentena, no domicílio, que daí se ausenta injustificadamente e, necessitando de tratamento médico para a doença, a ele recusa sujeitar-se. *Concorrem* o crime de desobediência (ainda que ressalvas lhe possam ser feitas, como vimos) e o internamento compulsivo<sup>114</sup>.

Finda a análise desta matéria, e seguindo de perto AIRES DE SOUSA<sup>115</sup>, julgamos urgente acautelar crises semelhantes à que vivemos, nomeadamente, através da elaboração legislativa penal em matéria de saúde pública. Este deve ser o critério norteador de eventuais incriminações de emergência sob pena de carecerem de *essência axiológica*.

---

<sup>112</sup> *Idem, ibidem*, p. 206.

<sup>113</sup> *Cf.* texto preambular dos Decretos n.ºs 2-A/2020, de 20 de março, e 2-B/2020, de 2 de abril.

<sup>114</sup> Neste sentido, vide o Ac. do TRL, de 15-04-2021, proc. n.º 266/20.0PGLRS.L1-9, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>115</sup> SOUSA, 2021, p. 162.

## Conclusão

Pelo presente estudo, concluímos que a saúde, apesar de direito fundamental, não dispõe da necessária tutela, especialmente, no plano penal. Entendemos que a vertente coletiva da saúde deve ser elevada a bem jurídico-penal – estatuto que a atual arquitetura da ordem jurídico-penal não lhe confere. Em concreto, não dispõe de meios de responsabilização adequados à sua ameaça, como (seria) o crime de propagação de doença contagiosa.

Vimos, a propósito da vacinação obrigatória e do internamento compulsivo de portador de doença contagiosa, que a ausência de consciência cívica pela coletividade merece, numa situação-limite (como a de pandemia), a intervenção do Direito Penal. Apesar de restritivas, as medidas que propusemos sobre essas temáticas constituem – cremos – meios eficazes de tutela da saúde pública, especialmente, no plano criminal. Cremos, inclusive, que tais soluções conduziriam à diminuição das condutas de propagação de doença, reduzindo a sensação de impunidade do agente que pratica este crime sem por isso ser condenado devido à *probatio diabolica* contida no artigo 283.º, que outrora estudámos.

Conforme vimos anunciando, afastamos o enquadramento da específica propagação da Covid-19 na letra do crime de propagação de doença. Apesar de poder ser considerado um mecanismo dissuasor, *em teoria*, a aplicação prática da norma demonstra-se residual, em particular, no contexto pandémico referencial. Vimos ainda que a incriminação da desobediência *per si* não basta para sancionar o agente que propaga doença, podendo figurar, não obstante, um mecanismo de reação complementar adequado.

Por tudo o que vimos, julgamos necessária a reestruturação do sistema penal português em matéria de saúde pública e, por maioria de razão, de propagação de doença contagiosa. Acreditamos que a *experiência* da Covid-19 permite traçar um plano de reforma legislativa, com vista a acautelar o *sistema* para crises futuras – moldando-se agilmente às necessidades sentidas, à semelhança do vírus que rapidamente se muta.

Citando Sulkin: *how to reduce crime? treat it like an infectious disease*<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> SULKIN, Gary, “How to Reduce Crime: Treat It Like an Infectious Disease”, *Time*, 30/mai/2013. <https://ideas.time.com/2013/05/30/how-to-reduce-crime-treat-it-like-an-infectious-disease/>

## Referências bibliográficas

### Livro

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e Vital MOREIRA (2007) – *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Volume I – Artigos 1.º a 107.º*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo (2004) – *Direito Penal: Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de (2005) – *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto: Publicações Universidade Católica.

LAFAYETTE, Alexandre e Victor de Sá PEREIRA (2014) – *Código Penal Anotado e Comentado: Legislação Conexa e Complementar*, 2.ª ed., Lisboa: Editora Quid Juris.

LEAL-HENRIQUES, Manuel e Manuel Simas SANTOS (2009) – *Código Penal Anotado*, Vol. IV, 4.ª ed., Lisboa: Editora Rei dos Livros.

### Capítulo de um livro

COSTA, José de Faria (1999) – “Comentário ao artigo 272.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo II (dir. Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 865 – 880.

CUNHA, J. M. Damião da (1999) – “Comentário ao artigo 283.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo II (dir. Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1006 – 1016.

DIAS, Augusto Silva (1998) – “Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do Consumidor”, in *Direito Penal Económico e Europeu*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 475 – 556.

FARIA, Paula Ribeiro de (1999) – “Comentário ao artigo 143.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I (dir. Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 202 – 222.

MONTEIRO, Cristina Líbano (2001) – “Comentário ao artigo 348.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo III (dir. Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 349 – 359.

### **Artigo em Revista Científica**

CUNHA, José Manuel Damião da – “O crime de Propagação de doença contagiosa e a COVID-19”, *Julgar*, N.º 44 (maio/agosto 2021), pp. 203 – 222.

MATOS, Nuno Igreja – “Breves notas sobre o crime e a (propagação de) doença em tempos de pandemia”, *Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 11 (jan-jun 2020), pp. 143 – 164.

SILVA, Sandra Oliveira e – “Entre a Desobediência e a Propagação”, *Revista do Ministério Público – Número Especial Covid-19*, Ano 41 (maio/agosto 2021), pp. 193-224.

SOUSA, Susana Aires de – “Sobre a proteção penal da Saúde Pública em tempos de pandemia: isto já não é o que nunca foi”, *Revista do Ministério Público – Número Especial Covid-19*, Ano 41 (maio/agosto 2021), pp. 129-165.

### **Material em suporte eletrónico**

ABRANTES, Alexandre *et al.*, “Da Tuberculose ao COVID-19: Legitimidade Jurídico-Constitucional do Isolamento/Tratamento Compulsivo por Doenças Contagiosas em Portugal”, *Acta Médica Portuguesa*, Vol. 33, N.º 4, abril 2020, pp. 225-228, <https://actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/viewFile/13562/5894>, consult. em 10/mar/2022

ALBERGARIA, Pedro Soares da, “Nota sobre o crime de propagação de doença contagiosa no contexto da pandemia de COVID-19”, 14/abr/2020. <https://itercriminis.blog/2020/04/14/nota-sobre-o-crime-de-propagacao-de-doenca-contagiosa-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19/>, consult. em 5/nov/2021

BOTELHO, Catarina Santos, “Responsabilizar o Estado pela não obrigatoriedade da vacina Covid-19?”, *Expresso Online*, 12/jan/2021. <https://expresso.pt/opiniao/2021-01-12-Responsabilizar-o-Estado-pela-nao-obrigatoriedade-da-vacina-covid-19->, consult. em 13/dez/2021

- CASTRO, Jorge Rosas de, “O internamento compulsivo de portador de uma doença infecto-contagiosa (fora de uma declaração de estado de emergência) e a Constituição da República Portuguesa”, *Julgar online*, junho 2020. <http://julgar.pt/o-internamento-compulsivo-de-portador-de-uma-doenca-infecto-contagiosa-e-a-constituicao-da-republica-portuguesa-fora-de-uma-declaracao-de-estado-de-emergencia/>, consult. em 28/jan/2022
- GOMES, Carla Amado – “Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade individual: casos da vida de um médico de saúde pública”, *Instituto de Ciências Jurídico-Políticas*, março 1999. <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/289-133.pdf>, consult. em 25/jan/2022
- HESPAÑHOL, Alberto e Paulo SANTOS, “Recusa vacinal: o ponto de vista ético”, *Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar*, Vol. 29, N.º 5, 1/set/2013. <https://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/11167/10893>, consult. em 10/mar/2022
- PALMA, Maria Fernanda, “Propagação de doença contagiosa”, *COVID-19, Direito Penal e Filosofia do Direito*, 10/abr/2020. <https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/10/propagacao-de-doenca-contagiosa-por-maria-fernanda-palma/>, consult. em 10/dez/2021
- ROSÁRIO, Rita do, “Breve interrogação sobre o crime de propagação de doença contagiosa e o perdão no Regime excepcional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça, no âmbito da pandemia da doença COVID-19”, *COVID-19, Direito Penal e Filosofia do Direito*, 13/abr/2020. <https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/13/breve-interrogacao-sobre-o-crime-de-propagacao-de-doenca-contagiosa-e-o-perdao-no-regime-excepcional-de-flexibilizacao-da-execucao-das-penas-e-das-medidas-de-graca-no-ambito-da-pandemia-da-doenca-cov/>, consult. em 21/dez/2021
- SULKIN, Gary, “How to Reduce Crime: Treat It Like an Infectious Disease”, *Time*, 30/mai/2013. <https://ideas.time.com/2013/05/30/how-to-reduce-crime-treat-it-like-an-infectious-disease/>, consult. em 1/mar/2022

## **Documentos Governamentais e Literatura Cinzenta**

- Ordem dos Advogados, “A vacinação obrigatória na prática já existe neste momento em Portugal”, *Imprensa*, 17/jul/2021. <https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2021/07/17/a-vacinacao-obrigatoria-na-pratica-ja-existe-neste-momento-em-portugal/>, consult. em 16/jan/2022

## **Jurisprudência**

### **Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça**

Ac. do STJ, de 09-02-2000, proc. n.º 99P1192, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Ac. do STJ de 12-09-2007, proc. n.º 07P2270, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Ac. do STJ de 15-02-2018, proc. n.º 302/16.4JAFUN.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

### **Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora**

Ac. de TRE, de 10-10-2017, proc. n.º 27/15. 8 PFSTB.E1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Ac. de TRE, de 10-03-2020, proc. n.º 4771/17.7T9FAR.E1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

### **Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto**

Ac. do TRP, de 06-02-2002, proc. n.º 0110232, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Ac. do TRP, de 21-12-2005, proc. n.º 0514697, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)